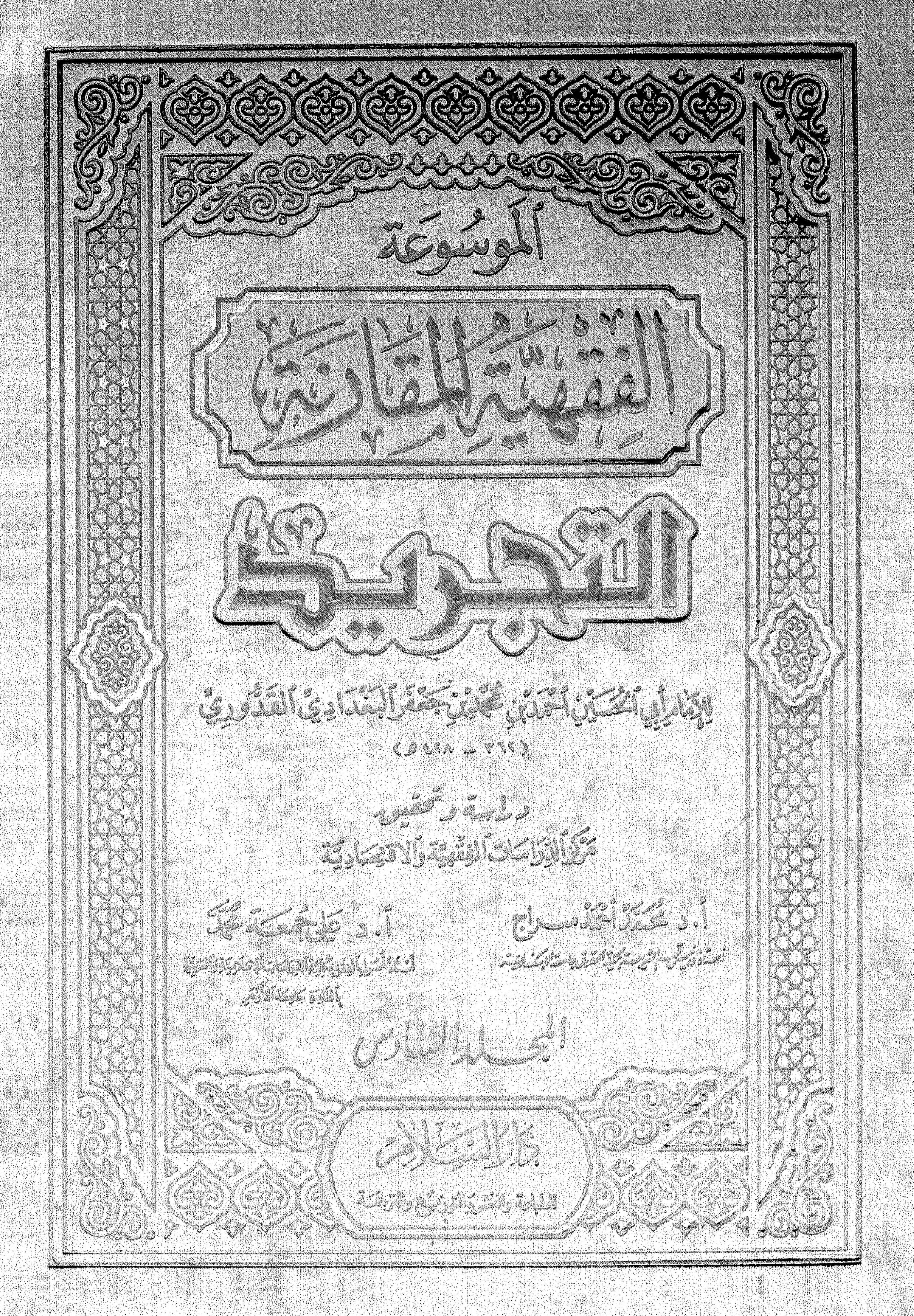

الموسوعة
الفقهية المقارنة
التجريد
للإمام أبي الحسين أحمد بن محمد بن جعفر البغدادي القدوري
(٣٦٢ - ٤٢٨هـ)
دراسة وتحقيق
مركز الدراسات الفقهية والاقتصادية
أ. د. محمد أحمد سراج
أ. د. علي جمعة محمد
المجلد السادس
دار السلام
للطباعة والنشر والتوزيع والترجمة



المَوسُوعَة الفِقْهِيَّة المقَارَنَة



لِلإمَامِ أبي الحُسَيْنِ أحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدِ بْنِ جَعْفَرٍ البَغْدَادِيِّ القُدُورِيِّ

(٣٦٢ - ٤٢٨ هـ)

دراسة وتحقيق

مَرْكَز الدِّرَاسَات الفِقْهِيَّة والاقتِصَادِيَّة

أ. د محمد أحمد سراج

أستاذ ورئيس قسم الشريعة بكلية الحقوق جامعة الإسكندرية

أ. د علي جمعة محمد

أستاذ أصول الفقه بكلية الدراسات الإسلامية والعربية بالقاهرة جامعة الأزهر

المُجَلَّد السَّادِس

دَار السَّلَام

للطباعة والنشر والتوزيع والترجمة

تنويه

قارئنا الكريم حدث خطأ غير مقصود في اسم الكتاب عند بداية الكتب الفقهية حيث جاء اسم الكتاب : موسوعة القواعد الفقهية المقارنة المسماة التجريد : وصوابه [الموسوعة الفقهية المقارنة : التجريد] فللتكرم تصويب نسختك ومن جهتنا سنقوم بتصحيح الخطأ في الطبعة القادمة إن شاء الله

دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع والترجمة
لصاحبها
عبد القادر محمود البكار

الطبعة الأولى
١٤٢٥ هـ - ٢٠٠٤ م

دار السلام
للطباعة والنشر والتوزيع والترجمة
ش.م.م

تأسست الدار عام ١٩٧٣م وحصلت على جائزة أفضل ناشر للتراث لثلاثة أعوام متتالية ١٩٩٩م ، ٢٠٠٠م ، ٢٠٠١م هي عشر الجائزة تتويجًا لعقد ثالث مضى في صناعة النشر

جمهورية مصر العربية - القاهرة - الإسكندرية
الإدارة : القاهرة : ١٩ شارع عمر لطفي موازٍ لشارع عباس العقاد خلف مكتب مصر للطيران عند الحديقة الدولية وأمام مسجد الشهيد عمرو الشربيني - مدينة نصر
هاتف : ٢٧٠٤٢٨٠ - ٢٧٤١٥٧٨ (٢٠٢ +) فاكس : ٢٧٤١٧٥٠ (٢٠٢ +)
المكتبة : فرع الأزهر : ١٢٠ شارع الأزهر الرئيسي - هاتف : ٥٩٣٢٨٢٠ (٢٠٢ +)
المكتبة : فرع مدينة نصر : ١ شارع الحسن بن علي متفرع من شارع علي أمين امتداد شارع مصطفى النحاس - مدينة نصر - هاتف : ٤٠٥٤٦٤٢ (٢٠٢ +)
المكتبة : فرع الإسكندرية : ١٢٧ شارع الإسكندر الأكبر - الشاطبي بجوار جمعية الشبان المسلمين
هاتف : ٥٩٣٢٢٠٥ فاكس : ٥٩٣٢٢٠٤ (٢٠٣ +)
بريديًا : القاهرة : ص.ب ١٦١ الغورية - الرمز البريدي ١١٦٣٩
البريد الإلكتروني : info@dar-alsalam.com
موقعنا على الإنترنت : www.dar-alsalam.com

مسائل الصرف [٦٧٦ - ٦٧٧] (١)



البيع بألف مثقال ذهب وفضة

١٣٣٨٠ - قال أصحابنا : إذا قال : بعتك بألف مثقال (٢) ذهبٍ وفضةٍ ، جاز البيع ، وكان الثمن بينهما نصفين (٣) .

١٣٣٨١ - وقال الشافعي : البيع فاسد .

١٣٣٨٢ - قالوا : ولو أقر على هذا الوجه رجع إلى بيان المقر (٤) .

---

(١) الصرف : في اللغة ، النقل والرد . وقال ابن فارس : « ومعنى الصرف عندنا : أنه شيء صُرِف إلى شيء ، كأن الدينار صُرِف إلى الدراهم ، أي : رجع إليها ، إذا أُخِذَتْ بدله » ، ومنه : الصيرفي . وفي اصطلاح الفقهاء : هو مبادلة الأثمان بعضها ببعض ، قال المرغيناني : « هو البيع إذا كان كل واحد من عوضيه من جنس الأثمان ، سمي به للحاجة إلى النقل في بدليه من يد إلي يد » . وقال العيني عن الاسبيجابي : « هو اسم لمعقود ثلاثة : بيع الذهب بالذهب ، والفضة بالفضة ، أو أحدهما بالآخر » . راجع : العين « باب الصاد والراء والفاء معهما » في لسان العرب (١٠٩/٧) ، وفي مقاييس اللغة « باب الصاد والراء وما يثلثهما » (٣٤٢/٣ ، ٣٤٣) ، والتعريفات « باب الصاد » ص ١٣٢ ، لسان العرب ، مادة : « صرف » (٣٤٣٥/٤) .

(٢) المثقال : مقدار من الوزن . قال الخليل في العين : « المثقال : وزن معلوم قدره ، ومثقال الشيء : ميزانه من مثله » ، وقال الفيومي : « والمثقال : وزنه درهم وثلاثة أسباع درهم ، وكل سبعة مثاقيل : عشرة دراهم » ويزن أربعة جرامات وربعًا في بعض التقديرات . راجع : العين « باب القاف والثاء واللام معهما » (١٣٧/٥) ، لسان العرب ، مادة : [ثقل] (٤٩٤/١) ، المصباح المنير « الثاء مع القاف وما يثلثهما » (٨٨/١) .

(٣) يعني : إذا قال الرجل لآخر : بعتك هذه الجارية بألف مثقال ذهب وفضة ، صح البيع ويجب عليه من كل واحد منهما خمسمائة مثقال ، لأنه أضاف المثقال إليهما على السواء . راجع المسألة في : الجامع الصغير ص ٣٦٧ ، روضة القضاة (٤١٦/١) ، مسألة (٢٣٢٢ ، ٢٣٢٣) ، الهداية مع البناية ، في [مسائل منثورة] (٤٩٦/٧) ، فتح القدير مع الهداية ، وبذيله العناية (١٢٨/٧ ، ١٢٩) .

(٤) قال الشيرازي : « فإن قال بعتك (هذا) بألف مثقال ذهبا وفضة ، فالبيع باطل ، لأنه لم يبين القدر من كل واحد منهما فكان باطلًا » . راجع المسألة في : النكت ، في « مسائل البيوع الفاسدة » ورقة (١٤٦ أ) ، المهذب مع المجموع « باب ما نهي عنه من بيع الغرر » (٣٣٨/٩ ، ٣٣٩) . وقال مالك وأحمد : مثل قول الشافعي ، لا يصح العقد ، لنهيه عليه الصلاة والسلام عن بيعتين في بيعة . راجع : المنتقى ، في « النهي عن بيعتين في بيعة » (٣٦/٥) وما بعدها ، قوانين الأحكام الشرعية « الباب الخامس في بيع الغرر » ص ٢٦٠ ، الكافي لابن قدامة « كتاب البيع » ، « فصل : ويشترط لصحة المبيع معرفة الثمن » (١٧/٢) ، المغني « باب =

١٣٣٨٣ – لنا : أنهما دخلا في الإطلاق على وجه واحد ، فاقتضى إطلاقهما التساوي . الدليل عليه : ولد الأم ، قال اللّٰه تعالى : ﴿ فَهُمْ شُرَكَآءُ فِي ٱلثُّلُثِ ﴾ (١) .

١٣٣٨٤ – فإن قيل : لفظ الشركة يقتضي المشاركة في كل جزء ، فينفي ذلك انفراد أحدهم بزيادة .

١٣٣٨٥ – قلنا : لو تفاضلوا لكانت الشركة موجودة في كل جزء ، لأنها تثبت بالسهم القليل والكثير ، فعلم أن المساواة (٢) وجبت لدخولهما في الإطلاق .

١٣٣٨٦ – ولأن كل متعاقدين دخلا في عقد فدخولهما فيه (٣) اعتراف بصحته ، فإذا أمكن حمل العقد على الصحة كان أولى من حمله على الفساد .

١٣٣٨٧ – ولأن العقد إذا كان له حالتان : حالة تؤدي إلى الصحة ، وحالة تؤدي إلى الفساد ، فحمله على الحالة (٤) التي تؤدي إلى الصحة أولى . أصله : نقد البلد .

١٣٣٨٨ – احتجوا : بأن اللفظ محتمل التساوي والتفاضل ، فهو بمنزلة أن يقول : ألف مثقال بعضه ذهب وبعضه فضة ، أو ألف مثقال فيها ذهب وفضة (٥) .

١٣٣٨٩ – الجواب : لا نسلم أن اللفظ يحتمل التساوي (والتفاضل) ، بل ظاهره يقتضي تساويهما ، لأن الواو تفيد (٦) الاشتراك بين الشيئين ، فالشركة تقتضي (٧) التساوي ، وليس إذا جاز أن يفسر بالتفاضل ما يدل على الاحتمال ، لأن التفسير (٨) المتصل بغير الجودة إذا قال : سود وزيوف (يحتمل التفاضل) (٩) ، وإن كان الإطلاق يقتضي غير ذلك .

١٣٣٩٠ – فأما إذا قال : بألف ، منها ذهب ومنها فضة ، وبعضها ذهب وبعضها فضة ، [فهو] (١٠) مثل مسألتنا ، لأن الإطلاق يتناولهما (١١) على وجه واحد .

١٣٣٩١ – قالوا : لو قال : « جاءني الناس رجالًا ونساءً » ، فلم يفد ذلك التساوي .

= المصراة وغير ذلك » ، « فصل : ومتى باعاه السلعة برقمها ولا يعلمانه » (٢١١/٤) .

(١) سورة النساء : الآية ١٢ .

(٢) في (م) ، (ع) : [المواساة] .

(٣) ساقط من (م) ، (ع) .

(٤) في (م) ، (ع) : [إلى فساده فالحالة] .

(٥) في (م) ، (ع) : [منها ذهب ومنها فضة] .

(٦) في (م) : [يفيد] .

(٧) في (م) : [يقتضي] .

(٨) لفظ : [التفسير] غير واضح في (ص) .

(٩) ما بين الأقواس في هذه الفقرة زيادات اقتضاها السياق واستكمال المعنى .

(١٠) الزيادة : من (م) ، (ع) .

(١١) في (م) ، (ع) : [يناولها] .

١٣٣٩٢ - قلنا : ظاهره يقتضي التساوي ، فلم نسلم ما قالوا ، قال اللّٰه تعالى : ﴿ وَإِن كَانُوٓاْ إِخۡوَةٗ رِّجَالٗا وَنِسَآءٗ فَلِلذَّكَرِ مِثۡلُ حَظِّ ٱلۡأُنثَيَيۡنِۗ ﴾ [1] / ، ولم يفد ذلك التساوي ١٥٥/ب

١٣٣٩٣ - قلنا : لما ذكر اللّٰه تعالى تفضيل الذكر على الأنثى وجب أن يتفاضلا وإن اختلف العقد ، ولولا ذلك لم يثبت التفاضل [2] .

* * *

(١) سورة النساء : الآية ١٧٦ .

(٢) لفظ : [التفاضل] ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش .



مسألة ٦٧٧

قبض بعض ثمن الصرف وافتراق العاقدين قبل قبض البعض الآخر

١٣٣٩٤ – قال أصحابنا : إذا تصارفا وتقابضا بعض ثمن الصرف ثم افترقا ، صح العقد في المقبوض وبطل فيما لم يقبض [١] .

١٣٣٩٥ – وقال الشافعي : بطل في الجميع [٢] .

١٣٣٩٦ – لنا : أن العقد وقع صحيحًا في الجميع ، وفسد في بعض المعقود عليه لمعنى طارئ ، وهو الافتراق (قبل تمام القبض) ، فصار كمن اشترى عبدين فمات أحدهما .

١٣٣٩٧ – ولأن الفسخ حصل بفعلهما وهو عدم التقابض ، فصار كالفسخ (بالامتناع عن) [٣] التقابض .

١٣٣٩٨ – ولأن هلاك أحد العبدين أبلغ من الافتراق ؛ بدلالة « أنه لا يصح ابتداء العقد عليه ، ولو افترقا جاز أن يبتدئا العقد ثانيًا ، وإذا كان الهلاك لا يوجب فسخ العقد من جميع المعقود عليه فهذا أولى .

١٣٣٩٩ – احتجوا : بأن القبض معنى يتميز به الصرف ، كالقبول ، والحادث بعد [٤] القبض كالحادث قبل القبض .

١٣٤٠٠ – قلنا : لا نسلم أن العقد (ينتهي) [٥] بالافتراق . بدلالة : أن القاضي

---

(١) راجع المسألة في : الهداية مع البناية « كتاب الصرف » (٥١٣/٧) ، فتح القدير مع الهداية ، وبذيله العناية (١٧٣/٧) .

(٢) قال المالكية كالمذهبين ، في قول : يبطل في الجميع وفاقًا للشافعية ، وفي قول آخر : يصح في المقبوض ، ويبطل فيما لم يقبض وفاقًا للحنفية . راجع المسألة في ، الكافي لابن عبد البر « باب الصرف » (٦٣٥/٢) ، بداية المجتهد « كتاب الصرف » (٢١٤/٢) . وقال الحنابلة : يبطل فيما لم يقبض ، وفاقًا للحنفيه والمالكية ، وفي المقبوض : وجهان . راجع المسألة في : الكافي لابن قدامة ، « باب الربا » (٦٨/٢) ، المغني « باب الربا والصرف » (٥٩/٤ ، ٦٠) .

(٣) ما بين الأقواس في هذه الفقرة زيادة اقتضاها المعنى المستفاد من السياق .

(٤) في (م) ، (ع) : [قبل] .

(٥) [ينتهي] بدل [يتم] المثبتة في النسخ كلها ، ولجدها أوضح في الدلالة على المعنى .

يجبرهما على التقابض في المجلس ، وإنما القبض يستقر به العقد ، فهو يُقْبِض الأعيان ويستقر العقد به [1] ، والافتراق يؤثر في الإبطال كما يؤثر هلاك العين .

* * *

(١) [فهو] في هذه الجملة ترجع إلى القاضي .



مَوْسُوعَة القَوَاعِدِ الفِقْهِيَّةِ المُقَارَنَة

المُسَمَّاة

التَّجْرِيد

كتاب الرهن



مسألة ٦٧٨

ضمان الرهن [1]

١٣٤٠١ - قال أصحابنا : إذا دفع إليه رهنًا ليقرضه [2] عشرة دراهم ، فالرهن مضمون ، إن هلك قبل القرض رد المرتهن على الراهن الأقل [3] من عشرة ، ومن قيمة الرهن .

١٣٤٠٢ - فإن أقرضه ... [4]

---

(١) قال المرغيناني : « الرهن : لغة ، حبس الشيء بأي سبب كان » ، وقال الجرجاني : هو في اللغة ، مطلق الحبس . وقال الخليل : « وكل أمر يحتبس به شيء فهو رهنه ، ومَرتَهنُهُ ، كما أن الإنسان رهين عمله » ، وفي لسان العرب : « قال ابن سيدة الرهن ما وضع عند الإنسان مما ينوب مناب ما أخذ منه » ، « وكل شيء يحتبس به شيء فهو رهينه ومرتهنه » . وفي الشرع : « جعل الشيء محبوسًا بحق يمكن استيفاؤه من الرهن ، كالديون » كذا ذكره المرغيناني ، وقال النسفي في الكنز : « هو حبس شيء بحق يمكن استيفاؤه منه ، كالدين » ، وقال ابن قدامة : « وهو المال الذي يجعل وثيقة بالدين ليستوفي من ثمنه إن تعذر استيفاؤه ممن هو عليه » . جمع الرهن : الرُّهُون ، والرِّهَان ، والرُّهُنُ . راجع : العين « باب الهاء والراء والنون معها » (٤٤/٤) ، الهداية مع البناية « كتاب الرهن » (٥٤٢/١١) ، كنز الدقائق « كتاب الرهن » ص ١٧٢ ، الكافي لابن قدامه « باب الرهن » (١٢٨/٢) ، المغني « كتاب الرهن » (٣٦١/٤) ، لسان العرب ، مادة : « رهن » (١٧٥٧/٣ ، ١٧٥٨) ، التعريفات « باب الراء » ص ١١٣ .

(٢) في (م) : [لتعرضه] .

(٣) في (م) ، (ع) : [الأول] .

(٤) في النسخ زيادة عبارة : « فإن أقرض » وهو سهو من النساخ ولذا حذفناها . وفي الدر المختار (٣٢٨/٥) : « وصح - أي الرهن - بالدين ولو موعودًا ، بأن رهن ليقرضه كذا ، كالألف مثلًا ، فلو دفع له البعض وامتنع أُجبر ، فإذا هلك هذا الرهن في يد المرتهن كان مضمونًا عليه بما وعد من الدين ، فيسلم الألف للراهن جبرًا إذا كان الدين مساويًا للقيمة ، أما إذا كان أكثر فهو مضمون بالقيمة » . وراجع كذلك تفصيل المسألة في : أحكام القرآن للجصاص (٥٢٦/١ - ٥٣١) ، متن القدوري « كتاب الرهن » (ص ٤٠ ، ٤١) ، روضة القضاة « كتاب الرهن » (٤١٨/١ ، ٤٢٢) مسألة (٢٣٣٠ - ٢٣٣٢ ، ٢٣٨٤ - ٢٣٨٦) ، تحفة الفقهاء (٤١/٣) ، بدائع الصنائع (١٥٤/٦ ، ١٥٥) ، الهداية مع البناية (٥٦١/١١) وما بعدها ، إيثار الإنصاف « كتاب الرهن » ص٣٦٥ - ٣٦٨ ، « باب ما يجوز ارتهانه وما لا يجوز » . وقال الشافعي : الرهن أمانة في يد المرتهن إذا تلف لم يكن عليه ضمان ، ولا يجوز عقد الرهن قبل وجوب الدين . راجع المسألة في : الأم « كتاب الرهن الكبير » ، في « إباحة الرهن » (١٣٩/٣) ، مختصر المزني « باب الرهن » ، و « باب ضمان الرهن » ، ص٩٣ ، ١٠١ ، مختصر الخلافيات ، ورقة (٢١٣ أ ، ب) ، اختلاف العلماء « باب الرهن » ص٢٧٢ ، حلية العلماء « كتاب الرهن » ، وفي « باب ما يدخل في الرهن وما لا يدخل » (٤/ ٤٠٩ ، ٤١٠ ، ٤٥٨ ، ٤٥٩) ، المهذب مع تكملة المجموع الثانية ، « كتاب الرهن » (١٨٢/١٣) . قال =

١٣٤٠٣ – فأما ضمان الرهن المقبوض قبل القرض [١] : ففرع على أصلنا ، أن الرهن مضمون [٢] بما قبض على سومه وهو مضمون ، كالبيع ، وعكسه الإجارة .

١٣٤٠٤ – ولأنه ممسك منه على سوم الرهن ، فإذا هلك كان مضمونًا ، كالعارية إذا رهنها عنده على أن يقرضه والعين المغصوبة .

١٣٤٠٥ – ولأن العقود على ضربين ، منها : عقود معاوضة ، ومنها [٣] : ما ليس بمعاوضة ، فإذا كان في [٤] أحد النوعين وهو عقود المعاوضات ما يتعلق الضمان بقبض ثبوته [٥] ، كذلك وجب أن يكون في النوع الآخر مثله .

١٣٤٠٦ – فأما إذا أقرضه فله حبس الرهن بالقبض ، والدليل عليه : قوله ﷺ : « الرهن مركوب ومحلوب » [٦] ، ولم يفصل .

١٣٤٠٧ – ولأنه عقد [٧] يصح مطلقًا ، فلا يكون من شرطه [٨] تقدم الدين عليه ولا ثبوته [٩] معه ، أصله : عقد البيع .

= ابن عبد البر : « الرهون عند مالك على ضربين : مضمونة وغير مضمونة ، فالمضمونة : ما يغاب عليه من الأموال الباطنة ، مثل الثياب ، والحلي ، والمتاع ، وغير المضمونة منها : الأموال الظاهرة ، مثل الرباع ، والحيوان » . إن كان مما يغاب عليه فضمانه من المرتهن ، وإن كان مما لا يغاب عليه فضمانه من الراهن . راجع تفصيل المسألة في : التفريع « باب القضاء في الرهون » ، فصل (١٠١٨) : في ضمان الرهن (٢٥٩/٢) ، الكافي لابن عبد البر (٨١٦/٢ – ٨١٨) ، قوانين الأحكام الشرعية ص (٣٣٤ ، ٣٣٥) ، شرح الزرقاني « باب الرهن » (٢٤٦/٥ ، ٢٤٧) . وقال أحمد وأصحابه : مثل قول الشافعي ، لا يصح الرهن قبل وجوب الدين ، وأن الرهن أمانة في يد المرتهن ، إن تلف بغير تعد منه فلا ضمان عليه ، وإن كان بتعد منه يضمن . راجع تفصيل المسألة في : الإفصاح « باب الرهن » (٣٦٧/١ ، ٣٧٠) ، الكافي لابن قدامة « باب الرهن » ، « فصل : والرهن أمانة في يد المرتهن » (١٣٠/٢ ، ١٣٥) ، المغني « كتاب الرهن » ، « مسألة : والرهن إذا تلف بغير جناية إلخ » (٣٦٣/٤ ، ٤٣٨) ، الإنصاف « باب الرهن » (١٤٩/٥ ، ١٥٠ ، ١٥٩ ، ١٦٠) .

(١) في (ص) : [القبض] ، وفي (م) : [الفرض] .

(٢) في (م) ، (ع) : [مقبوض] .

(٣) في (م) ، (ع) : [وفيها] .

(٤) في (ع) : [فيها] .

(٥) في سائر النسخ : [ثبوته] بغير نقط .

(٦) في (ع) : [من كرب] . وهذا الحديث : أخرجه الدارقطني في السنن [كتاب البيوع] (٣٤/٣) ، الحديث (١٣٦) ، والحاكم في المستدرك [كتاب البيوع] (٥٨/٢) ، والبيهقي في السنن الكبرى (٣٨/٦) .

(٧) في (م) ، (ع) : [عقود] .

(٨) في (م) ، (ع) : [شرط] بدون الهاء .

(٩) في (م) ، (ع) : [ولا ثوبه] . وهو لا يزال يستدل على مذهب الأحناف في المسألة المعروفة بتقدم الرهن في الدين الموعود .

١٣٤٠٨ - ولا يلزم : القرض ، لأن القرض ينعقد وإن لم يوجد الدين معه وإن تأخر القبض عنه [١] .

١٣٤٠٩ - ولا يلزم : السلم ، لأنه لا يصح مطلقًا إلا مؤجلًا .

١٣٤١٠ - فإن قالوا : نقول بموجبه إذا قال : بعني دارك بألف على أن أرهنك عبدين ، جاز الرهن وإن لم يتقدمه [٢] دين .

١٣٤١١ - قلنا : الدين ههنا يوجد [٣] مع الرهن ، ونحن قلنا : فلم يكن من شرطه تقدم الدين عليه ولا وجوده معه .

١٣٤١٢ - ولأن كل دين صح الرهن به بعد ثبوته صح إيجابه قبل ثبوته [٤] ، أصله : الثمن في البيع إذا قال : بعتك عبدي بألف على أن ترهنني بها [٥] هذه الدار .

١٣٤١٣ - ولأنه رهن مشروط من دين يثبت بفعلهما ، فصار كالرهن بالثمن من البيع [٦] المشروط فيه الخيار .

١٣٤١٤ - ولأن الرهن يجوز أن يتعلق بشرط ، وهو أن يكون الدين ثابتًا [٧] ، ولزومه للراهن يتعلق بأمر كائن لا محالة ، مثل أن يقول : إذا حل دينك على فلان فأنا ضامن له ، ويأخذ بذلك رهنًا ، أو يكون الدين علق الرهن به ، كما يثبت [٨] بفعل متعاقدي الرهن مثل مسألتنا .

١٣٤١٥ - والدليل على ذلك : أن الرهن لا يبطله الشروط [٩] ، بدلالة : قوله ﷺ « لا يُغْلَقْ الرهن ، لصاحبه غنمه ، وعليه غرمه » [١٠] .

---

(١) في (م) ، (ع) : [القرض] .
(٢) في (م) ، (ع) : [لم تقدمه] .
(٣) لفظ [يوجد] ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) ، واستدركه المصنف في الهامش .
(٤) قاعدة : « كل دين صح الرهن به بعد ثبوته صح إيجابه قبل ثبوته » .
(٥) في جميع النسخ : [أن ترهني] .
(٦) في (م) ، (ع) : [المبيع] .
(٧) في (م) ، (ع) : [سانا] .
(٨) في (م) ، (ع) : [ثبت] .
(٩) في (م) ، (ع) : [الشروط به] .
(١٠) في (م) ، (ع) : [لصاحب عنه] . والحديث روي موصولًا ومرسلًا ، أما الموصول : فقد أخرجه الدارقطني في السنن « كتاب البيوع » (٣٢/٣ ، ٣٣) ، الحديث (١٢٥ - ١٣١ ، ١٣٣) ، والحاكم في المستدرك « كتاب البيوع » (٥١/٢ ، ٥٢) والبيهقي في الكبرى « كتاب الرهن » ، « باب الرهن غير مضمون » (٣٩/٦) . وأما المرسل : فقد أخرجه الشافعي في المسند (١٦٣/٢ ، ١٦٤) ، الحديث (٥٦٧) ، والدارقطني في المصدر السابق (٣٣/٣) ، والبيهقي في المصدر السابق .

١٣٤١٦ - قال إبراهيم النخعي [(١)] : « كانوا يرهنون ، ويشترطون : أن الراهن إذا لم يدفع الدين في محله فالرهن للمرتهن ، فأبطله [(٢)] عليه [الصلاة] والسلام ، وأجاز الرهن » [(٣)] .

١٣٤١٧ - وما لا يبطله الشروط يجوز أن يتعلق بشرط ، كالعتاق .

١٣٤١٨ - ولأنه إذا قبض الرهن ليقرضه ثم أقرضه فإنما أوجب القرض بشرط الرهن المتقدم ، فوجب أن يتعلق بذلك الشرط حكم . أصله : إذا قال : أبيعك عبدي بألف على أن ترهنني [(٤)] بها هذا الثوب ، أن القبول لما حصل مع شرط الوثيقة حكم بالشرط حُكم .

١٣٤١٩ - احتجوا : بأنها وثيقة صح الاستيثاق بها [(٥)] بعد الحق ، فلم يصح ، كسبق الحق بالشهادة .

١٣٤٢٠ - قلنا : يبطل بضمان الدرك [(٦)] ، وأنه وثيقة يصح العقد (بها) بعد الاستحقاق .

١٣٤٢١ - وقالوا : فيه قولان .

١٣٤٢٢ - قلنا : مذهب الشافعي : أنه لا يصح [(٧)] ، وهو إجماع الأمة ، وإنما قال ابن سريج : إنه يصح ، وكلامنا مع الشافعي .

١٣٤٢٣ - قالوا : فالوثيقة لا تسبق الحق ، لأنه لا يصح الضمان عندنا إلا بعد قبض الثمن ، فإذا استُحِقَّ المبيع تبينًا [(٨)] أنه قبضه بغير حق ، فالضمان بعد تفرق الحق .

١٣٤٢٤ - قلنا : ثبوت الحق في معلوم الله تعالى لا يعتبر في العقود ، وإنما يعتبر ثبوته

---

(١) تقدمت ترجمته في مسألة (٣٢٤) . (٢) في (م) ، (ع) : [فأبطل بدون الهاء] .

(٣) قول النخعي : أخرجه ابن أبي شيبة بمعناه في المصنف « كتاب البيوع » (٢٠١/٥) ، والطحاوي في المعاني « باب الرهن يهلك في يد المرتهن كيف حكمه ؟ » (١٠١/٤) .

(٤) في (م) ، (ع) : [عبدين] وقوله : [عبدي بألف] ساقط من صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش ، وفي جميع النسخ : [ترهني] ، الصواب ما أثبتناه .

(٥) في (م) : [الاستيفاف] ، وفي (ع) : [الاستيثاف] . ولفظ : [بها] ساقط من (ع) .

(٦) في (م) ، (ع) : [الدرك] . الدرك : بفتح الدال وسكون الراء ، التبعة ، يقال : ما لحقك من درك فعلي خلاصه ، وضمان الدرك هو ضمان الاستحقاق . راجع : مختار الصحاح ، مادة : « درك » ص٢٠٣ ، لسان العرب (١٣٦٤/٢) ، المصباح المنير (١٨١/١) ، المعجم الوسيط (٢٨١/١) .

(٧) مذهب الشافعي أن الرهن لا يصح قبل وجوب الدين ولذا زدنا (لا) بين القوسين . وفي النسخ حكاية رأي ابن سريج : أنه لا يصح ، وقد حذفنا « لا » النافية ليصح التقابل بين رأي الشافعي وابن سريج .

(٨) في (م) ، (ع) : [بينا] .

في الظاهر ، [فالضمان صحيح في الظاهر] [١] ، وليس هناك حق ثابت .

١٣٤٢٥ - ولأن الشهادة مأخوذة من مشاهدة الشيء ، فيستحيل قبل وجوده ، وشرط الرهن بدين يوثق بدين يجب في الثاني ، فيجوز أن يتقدم اشتراطه على وجوب الدين ، كالرهن المشروط في بيع الخيار .

١٣٤٢٦ - ولأن الشهادة إذا تعلقت بالشروط يجوز أن تتقدم الحق ، كالرجلين إذا شهدا : أنهما يظهران بيع هذه الدار تلجئة ، أثر ذلك في العقد وإن كانت متقدمة عليه ، كذلك الوثيقة في مسألتنا ، وإنما يتقدم اشتراطها على ثبوت الحق ، فيتعلق الحكم عند العقد كذلك الاشتراط .

١٣٤٢٧ - قالوا : عَقَد الرهن قبل ثبوت الحق ، فوجب أن لا يصح ، كما لو عقد على مشاع .

١٣٤٢٨ - قلنا : لا نسلم أنه عَقَدَ الرهن ، وإنما أضاف العقد إلى حال ثبوت الحق ، والمعنى في رهن المشاع : أن الرهن غير مميز [مما [٢] ليس برهن ، فصار كرهن أحد العبدين ، وفي مسألتنا : الرهن متميز] [٣] من غيره ، فصح إيجابه قبل ثبوت الحق ، كالرهن المشروط في البيع .

١٣٤٢٩ - قالوا : الرهن لا ينفرد عن الحق ، بدليل : أنه إذا أبرأه من الدين أو قضاه انفك الرهن ، ولم يجز [٤] بقاء الرهن مع زوال الحق ؛ فلو قلنا : إن الرهن قد انعقد قبل ثبوت الدين لا نفرد عن الدين ، فهذا لا يجوز .

١٣٤٣٠ - قلنا : إذا قضاه الدين أو أبرأه فأحكام الرهن بحالها ، لأنه يكون مضمونًا ، وإنما يزول الاستحقاق . ومتى عقد الرهن قبل الدين فأحكام الرهن من الضمان ثابتة . والاستحقاق (يزول) [٥] لأن الراهن [٦] يجوز له أخذه ؛ فحكمه عندنا قبل ثبوت الدين حكمه بعد سقوط الدين .

١٣٤٣١ - قالوا : الرهن يتبع الحق ، بدلالة : أن الحق يثبت من غير رهن ، فالرهن

---

(١) ما بين المعكوفتين ، ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش .

(٢) في (م) ، (ع) : [متميز بما] .

(٣) ما بين المعكوفتين : ساقط من صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش .

(٤) في (ع) : [لم يجز] .

(٥) وقد أبدلنا [يزول] بدل [ليس] المثبتة في النسخ جميعها لإحكام المعنى المستفاد من السياق .

(٦) في (م) ، (ع) : [الرهن] .

لابد فيه من دين ، والبيع لا يصح ثبوته قبل المبيوع [1] .

١٣٤٣٢ - قلنا : لا يثبت (الحق) الرهن [2] عندنا ، وإنما يثبته شرطه ، فإذا ثبت الدين فالرهن يثبت [3] ، فلم يسبق البائع المبيوع ، وإنما نفذه اشتراطه ، كما تقدم اشتراط [4] الضمين والرهن وجوب الثمن ، إذا شرط ذلك في إيجاب البيع .

١٣٤٣٣ - قالوا : الرهن في مقابلة الدين كما أن الثمن [5] في مقابلة المبيع ، بدلالة : أنه لا يلزم إلا به ، كما لا يصح المبيع بثمن يتقرر من بعده ، كذلك لا يصح الرهن بدين يوجد [6] من بعده .

١٣٤٣٤ - قلنا : قد بينا أن الرهن عندنا لا يصح (أن) [7] يلزم حتى يوجد الدين ، فإذا وجد لزم ، ومثل هذا في البيع يصح [8] . عندنا أنه ينعقد البيع غير لازم ببدل يتقدر في الثاني ، كما إذا قال : بعتك أحد هذين العبدين على أنك بالخيار ، أو بعتك هذا العبد بألف أو بمائة دينار على أني بالخيار .

١٣٤٣٥ - قالوا : رهن معلق بدين [9] على شرط ، فصار كما لو علقه بدخول الدار .

١٣٤٣٦ - قلنا : ليس هذا عندنا رهنًا معلقًا بشرط ، وإنما هو رهن بشرط في عقد مقدم إيجابه على العقد ، فهو كما لو قال : « أبيعك على أن ترهنني » [10] ، فقد قال أصحابنا : إن الدين لو [11] لم يكن ثابتا في الأصل وعلق [12] ثبوته بفعلهما فإن الرهن لا يصح ، كالرهن بالدرك [13] ، وكما لو قال : إذا قدم فلان فأنا ضامن لمالك عليه ،

---

(١) في (م) ، (ع) : [البيوع] .

(٢) في النسخ لا يثبته الرهن ، وقد غيرنا العبارة إلى ما ذكرناه ، وهو مقصود المصنف طبقًا للسياق .

(٣) في (م) ، (ع) : [للدين فالقرض ثبت] . وفي (ص) : [ثبت الدين فالقرض يثبت] ، وقد استبدلنا [فالرهن] بلفظ [القرض] للسياق .

(٤) في (م) ، (ع) : [اشتراطه] . (٥) في (م) ، (ع) : [الرهن]

(٦) في (م) ، (ع) : [يؤخذ] ، مكان : [يوجد] .

(٧) ما بين القوسين بدل [ولا] حتى لا يضطرب التعبير عن مذهب الأحناف .

(٨) لفظ : [يصح] ساقط من صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش .

(٩) في (م) ، (ع) : [برهن] ، مكان : [بدين] ، وكذا في صلب (ص) ، وما أثبتناه من هامش (ص) ، من نسخة أخرى . (١٠) في سائر النسخ : [ترهني] .

(١١) لفظ : [متي] ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش .

(١٢) لفظ : [علق] ساقط من صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش .

(١٣) قاعدة : « الدين لو لم يكن ثابتًا في الأصل وعلق ثبوته بفعلهما فإن الرهن لا يصح ، كالرهن بالدرك » .

فأعطاه المضمون عنه رهنًا : صح ؛ لأن الدين ثابت ولزومه للضامن غير متعلق بحظر .

١٣٤٣٧ - فأما إذا شرط الرهن في دين لم يثبت [(١)] ، فثبوته متعلق بفعلهما أو باختيارهما ، فإنه يصح مثل مسألتنا ، ومثل الرهن بالثمن [(٢)] في البيع المشروط فيه الخيار ، وليس إذا لم يصح تعليق الرهن بدخول الدار لم يصح تعلقه بالقرض ، كما أنه تعلق مع إيجاب البيع بقول المبتاع وإن لم يكن بتعليقه بدخول الدار .

* * *

---

(١) في (م) ، (ع) : [لم يكن ثبت] .

(٢) لفظ : [الرهن] ساقط من (م) ، (ع) ، و في (م) ، (ع) : [فالثمن] ، مكان : [بالثمن] .



مسألة ٦٧٩

رهن المشاع

١٣٤٣٨ - قال أصحابنا : لا يصح رهن المشاع من الشريك ولا من غيره ، وإذا طرأت الإشاعة ، هل يبطل الرهن ، فيه روايتان [(١)] .

١٣٤٣٩ - وقال الشافعي : يجوز رهن المشاع [(٢)] .

١٣٤٤٠ - لنا : أنه رهن ما لا يتميز مما لم يرهن ، فصار كما لو رهنه (مرهونين) [(٣)] على أن يعطيه أيهما شاء [(٤)] .

١٣٤٤١ - [ولا يقال : المعنى فيه : أن البيع فيه] [(٥)] لا يصح على هذا الوجه ، لأنا لا نسلم ذلك ، لم يجز / البيع إذا ذكر مدة الخيار (دون مدة) [(٦)] . ١٥٦/أ

١٣٤٤٢ - وقال ابن شجاع [(٧)] : يجوز البيع وإن [(٨)] ذكر الخيار من غير مدة . ولأنه وثيقة ليس فيها معنى التمليك ؛ فلم ينعقد في المشاع ، كالكفالة بالنفس إذا قال : تكلفتُ بنصف نفس فلان .

---

(١) راجع تفصيل المسألة في : مختصر الطحاوي « كتاب الرهن » ص٩٢ ، ٩٣ ، أحكام القرآن « باب الرهن» ، وفي « ذكر اختلاف الفقهاء في رهن المشاع » (٥٢٤/١) ، متن القدوري « كتاب الرهن » ص ٤١، روضة القضاة (٤١٨/١) ، مسألة (٢٣٣٣ ، ٢٣٣٤) ، طريقة الخلاف ص٤٣٤ ، ٤٣٥ ، مسألة (١٧٦) ، تحفة الفقهاء « كتاب الرهن » (٣٨/٣) ، بدائع الصنائع « كتاب الرهن » ، « فصل : وأما الشرائط فأنواع » (١٣٨/٦) وما بعدها ، إيثار الإنصاف ص٣٧٠ ، كنز الدقائق « باب ما يجوز ارتهانه والارتهان به وما لا يجوز » ص١٧٣ .

(٢) رهن المشاع في الأم : (١٩٠/٣) . وقال مالك ، وأحمد ، وأصحابهما : - مثل قول الشافعي - يجوز رهن المشاع . راجع المسألة في : المدونة « كتاب الرهن » (١٥١/٤) ، التفريع (٢٦٢/٢) ، الكافي لابن عبد البر « كتاب الرهن » ، « باب القول في الرهن ووجوه قبضه وحيازته » (٨١٣/٢) .

(٣) في (م) ، (ع) : [على مرتهنين] ، وفي (ص) : [من مرتهنين] ، ويؤيد السياق ما أثبتناه .

(٤) لفظ : [على] ساقط من (ع) ، وفي (ع) : [أيها] ، مكان : [أيهما] ، وفي (م) ، (ع) : [شاع] ، مكان : [شاء] .

(٥) ما بين المعكوفتين : ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش .

(٦) [دون مدة] : زيادة استوجبها السياق . (٧) تقدمت ترجمته في مسألة (٧٩) .

(٨) في (م) ، (ع) : [فإذا] ، مكان : [وإن] .

١٣٤٤٣ - ولأنه رهن يتناول بعض العين مع الإشاعة ، فلم يصح ، كما لو رهن نصف داره على أن يقرضه .

١٣٤٤٤ - ولأن صفة الرهن لو حصل عليها قبل ثبوت الحق لم يصح ، فإذا حصل عليها مع ثبوت الحق أو بعده لم يصح ، أصله [1] : الجهالة ، وإذا رهن المرهون .

١٣٤٤٥ - ولأن المقصود من الرهن التوثق باستحقاق دوام القبض حتى يدفع الراهن الدين .

١٣٤٤٦ - الدليل عليه : - العادة الجارية [2] في الرهون - ، أن المرتهن يمسكها [3] على الدوام ، والعقد متى قارنه ما يمنع مقصوده لم يصح ، كمن استأجر للزراعة أرضًا لا تنبت ، وللخدمة غلامًا طفلًا لا يخدم ، وكمن تزوج بذات محارمه [4] .

١٣٤٤٧ - قالوا : إنما يقصد من الرهن التوثق بمنع [5] الراهن من التصرف منه ، وتقديم حق المرتهن على حقوق الغرماء ، والإشاعة لا تنافي هذا الغرض [6] .

١٣٤٤٨ - قلنا : هذا الذي ذكرتموه غرض مقصود ، واستحقاق استدامة القبض مقصود أيضًا ، وبه يتوصل إلى تلك المقاصد ؛ ألا ترى : أنه إذا كان في يد المرتهن لم يجحده الراهن ، وإذا زالت يده عنه اقْتُدِرَ على الجحود .

١٣٤٤٩ - فإن قيل : يتوثق بالشهادة على الرهن والقبض ، فلا يضره الجحود .

١٣٤٥٠ - قلنا : إنما ذكر الله تعالى الرهن وثيقة إذا لم يتوثق بالشهادة [7] ، فدل أن المقصود منه : وثيقة تحصل من غير إشهاد ، وما ذاك إلا استحقاق [8] إدامة القبض .

---

(١) قوله : [أصله] ساقط من (م) ، (ع) . (٢) في (م) ، (ع) : [العادة الحادثة] .

(٣) لفظ : [أن] ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش ، وفي (م) ، (ع) : [تمسكها] ، مكان : [يمسكها] .

(٤) قاعدة دقيقة : « العقد متى قارنه ما يمنع مقصوره لم يصح ، كمن استأجر للزراعة أرض لا تنبت وللخدمة غلامًا طفلًا لا يخدم ، وكمن تزوج بذات محارمه » .

(٥) في (م) ، (ع) : [فإن قيل إنما مقدم التوثق بمنع] ، مكان المثبت ، ولفظ : [الرهن] ساقط من صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش .

(٦) في (م) ، (ع) : [لأن ما في] ، مكان : [لا تنافي] وفي (ع) : [القرض] ، مكان : [الغرض] .

(٧) في قوله تعالى : ﴿ وَإِن كُنتُمْ عَلَىٰ سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِبًا فَرِهَٰنٌ مَّقْبُوضَةٌ ﴾ . سورة البقرة : الآية (٢٨٣) . راجع : أحكام القرآن للجصاص [باب الرهن] (٥٢٣/١) .

(٨) في (م) ، (ع) : [ومازال الاستحقاق] ، مكان المثبت .

١٣٤٥١ - فإن قيل : فعلى هذا الجواب [1] يجوز الرهن من الشريك ، لأنه يستحق القبض على الدوام ، وإنما المرتهن لا يمتنع من بيع نصيبه ، فإذا جاز بيعه استحق المشتري القبض عليه ، فذاك المقصود من العقد [2] ، وبمعنى قارن العقد ؛ لأن هذا المعنى يستفاد بالإشارة .

١٣٤٥٢ - ولأن يد المرتهن تستحق في الثاني بمعنى قارن العقد المغصوبة [3] ، وإن شئت قلت : يستحق يده في الثاني إلى يد غيره بمعنى قارن العقد .

١٣٤٥٣ - فإن قيل : الوصف غير مسلَّم ؛ لأن يده لا تستحق غير المبتاع عندنا ، وإنما يصح هذا [4] على أصلكم في المهايأة [5] .

١٣٤٥٤ - قلنا : اليد تستحق على المذهبين عندنا بالمهايأة ، وعندكم : يرفع القاضي (يدهما) [6] إذا تنازعا ويؤجره إلى مدة تنقضي قبل حلول الدين . فإن فرضنا المسألة من الحاكم إذا حكم بالمهايأة ، فإن رَهَن المحكوم عليه لنصيبه جائز عندهم ، ويد المرتهن تستحق [7] بالاتفاق .

١٣٤٥٥ - فإن قيل : قولكم : - بمعنى قارن العقد - لا بأس به ، فإن يده لو استحقت بمعنى طارئ بطل الرهن عندكم ، وهو (كذلك يبطل) [8] إذا أجر الرهن بإذن المرتهن .

١٣٤٥٦ - قلنا : إذا أذن المرتهن في الإجارة سقط حقه عن الرهن باختياره ، فالانفكاك اسْتُحِقَّ عليه .

١٣٤٥٧ - قالوا : إذا لم يجّوز أبو حنيفة الرهن من الشريك لم يصح أن يعلل هذه العلة .

١٣٤٥٨ - قلنا : هذا غلط ، لأنه [9] لا يمتنع أن يعلل الرهن من غير الشريك بهذه العلة ، ويعلل الرهن من الشريك بعلة (غيرها) [10] .

---

(١) في (م) ، (ع) : [الخبران] ، مكان : [الجواب] .

(٢) في (م) : [العبد] .

(٣) هكذا في جميع النسخ ، لعل الصواب : [المغصوب] .

(٤) في (ع) : [غير المشاع عندنا وإنما هذا يصح] .

(٥) المهايأة : قال ابن منظور : [والمهايأة : الأمر المتهايأ عليه . المتهايأة : من يتهايأ القوم فيتراضون به] . راجع : لسان العرب ، مادة : [هيأ] (٤٧٣٠/٦) .

(٦) ما بين القوسين بدل « منهما » المثبتة في النسخ كلها .

(٧) في (م) ، (ع) : [يستحق] .

(٨) ما بين القوسين زيادة اقتضاها السياق .

(٩) قوله : [لأنه] ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش .

(١٠) ما بين القوسين زيادة اقتضاها السياق .

١٣٤٥٩ - على أنَّا قد بينا أن الرهن من الشريك يستحق فيه اليد أيضًا [١] إذا باع نصيبه .

١٣٤٦٠ - قالوا : تبطل العلة بمن باع عبدًا قاتلًا أو مرتدًّا .

١٣٤٦١ - قلنا : هناك تستحق يده بحق القصاص والحد ، ونحن قلنا بحق الملك .

١٣٤٦٢ - وعلى العبارة الثانية قلنا : تستحق يده في الثاني إلى غيره ، وههنا تستحق يده بالإتلاف ، فأما أن يستحق إزالتها إلى يد غيره فلا .

١٣٤٦٣ - قالوا : الرهن يبطل [٢] عندكم بزوال اليد لزوال الوثيقة ، وهذا موجود إذا زالت [يده] [٣] بالقتل ، كما هي موجودة إذا زالت يده إلى يد أخرى .

١٣٤٦٤ - قلنا : جواز زوال اليد بالتلف لا يؤثر في الرهن ، بدلالة : أنه يجوز ، ولا يمنع [٤] ذلك من جواز الرهن ، والقتل بالقصاص من هذا القبيل .

١٣٤٦٥ - فإن قيل : المعنى في رهن المقبوض : أن مقصود الرهن لا يوجد فيه ، وهو استيفاء الدين من ثمنه ، والمشاع [٥] يوجد فيه هذا الغرض [٦] .

١٣٤٦٦ - قلنا : والمشاع لا يوجد فيه استحقاق استدامة القبض الذي يرفع [٧] التوثق . وقد بينا أن هذا هو المقصود ، والمعجل بالرهن واستيفاء الدين من ثمنه مقصود يتأخر ، والمقصود الذي ذكرناه أولى ، لأن الرهن لا يخلو منه ، واستيفاء الدين من ثمنه قد يحتاج إليه [٨] ، وقد لا يحتاج ، فاعتبار ما لا يخلو الرهن منه أولى .

١٣٤٦٧ - فإن قيل : المعنى في المغصوب : أنه لا يجوز بيعه ، فلم يجز رهنه .

١٣٤٦٨ - قلنا : إن عللت للجملة [٩] : قلنا بموجبه ، لأن المشاع يجوز رهنه إذا قسمه وتسلمه بموجب العقد ، وإن عللوا الأحوال : بطل بمن قال لعبده : أنت حر رأس

---

(١) لفظ : [أيضًا] ساقط من صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش .

(٢) في (م) : [تبطل] .

(٣) الزيادة : من (م) ، (ع) .

(٤) في (م) ، (ع) : [ولا يمتنع] .

(٥) قوله : [والمشاع] ساقط من صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش .

(٦) في (م) ، (ع) : [يوجد في هذا العرض] ، مكان المثبت .

(٧) في (م) ، (ع) : [يرتفع] .

(٨) في (م) ، (ع) : [عليه] ، مكان : [إليه] .

(٩) في (ص) ، (م) : [الحملة] .

الشهر ، ثم رهنه بدين ، فحل بعد الشهرين ، لم يجز بيعه ويجوز رهنه ، والزيوف [١] يجوز بيعها ممن هي عليه ولا يجوز رهنها منه ولا من غيره ، ويجوز رهن الأم دون ولدها ولا يجوز بيعها دون ولدها ، ويجوز بيع الثمرة على رؤوس النخل [٢] [ولا يجوز رهنها دون النخل] [٣] .

١٣٤٦٩ - فإن قيل : المعنى في الغصب : أنه عقد على ملك غيره بغير أمره ، فلذلك لم يجز الرهن .

١٣٤٧٠ - قلنا : إنما لا يجوز رهن ملك الغير بغير أمره [٤] ، لأن اليد تستحق [٥] على الوجه الذي بيناه ، فكأنا جعلنا العلة حكمًا من أحكام ، فعارضونا بعلة ذلك الحكم ، فلا يقدح ذلك في تعليلنا ، كما أن علة الربا بأنه [٦] مطعوم ومكيل ، فقيل له : إن [٧] النص يتناوله ، لم يقدح ذلك في تعليله ، وإن كان التحريم في الأصل يثبت بالنص .

١٣٤٧١ - فإن قيل : عندكم إذا رهن ملك الغير ، فالعقد موقوف ، والعقد الموقوف صحيح عندكم ، فكيف قلتم : إنه لا يصح ؟ .

١٣٤٧٢ - قلنا : معنى قولنا : إنه صحيح ، أي ينعقد ، فالذي نريد هاهنا بقولنا : لا يصح ، أي لا يلزم ، وكذلك نقول في المشاع : إنه غير لازم ، وهو منعقد ، فإن قستم وسلمتم [٨] بموجب ذلك العقد ، كما لو أجاز مالك الغصب الرهن ؛ جاز .

---

(١) في (م) : « ويجوز رهنه إذا قسمه وتسلمه بموجب العقد ، وإن عللوا الأحوال بطل بمن قال لعبده والزيوف » ، وفي (ع) : « ويجوز رهنه إذا قسمه وتسلمه بموجب العقد والزيوف » بالزيادة ، وهو سهو . الزيوف : عكس الجياد ، أي رديئًا ، يقال : زافت الدراهم زيفًا ، وزيوفًا ، وزيوفه : إذا ظهر فيها غش ورداءة ، وزيفها : إذا عملها مغشوشة ، فهو زائف ، وهي زائفة . قال الجرجاني : الزيف : « ما يرده بيت المال من الدراهم » ، وفي المغرب : « زافت عليه دراهمه ، أي : صارت مردودة عليه لغش فيها ، وقد زيفت إذا ردت ، ودرهم زيف وزائف ، ودراهم زيوف وزيف ، وقيل : هي دون البهرج في الرداءة ، لأن الزيف ما يرده بيت المال ، والبهرج ما ترده التجار » . راجع : لسان العرب ، مادة : « زيف » (١٩٠٠/٣) المغرب ص٢١٤ - المعجم الوسيط (٤١١/١) .

(٢) في (م) ، (ع) : [التمر على رؤوس النخلة] .

(٣) ما بين المعكوفتين : ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش .

(٤) في (م) ، (ع) : [إنما لم يجز رهن ملك الغير أمره] ، مكان المثبت ، غير أن في (ع) : [لغير] ، مكان : [الغير] .

(٥) في (م) ، (ع) : [يستحق] .

(٦) في (م) ، (ع) : [علل] ، مكان : [علة] ، وفي (م) : [فيه] ، وفي (ع) : [من] ، مكان : [أنه] .

(٧) في (م) ، (ع) : [لأن] .

(٨) في (ص) ، (م) : [وسلم] .

١٣٤٧٣ - فإن قيل : قياسكم عليه إذا رهن يومًا ويومًا لا يصح ؛ لأن هناك يزول في اليوم الثاني العقد والقبض فلذلك لم يصح ، وههنا يزول في الثاني اليد [1] دون العقد ، وهذا لا يمنع صحة العقد .

١٣٤٧٤ - قلنا : لزوم الرهن معلق بالعقد والقبض ، وتأثير القبض من اللزوم كتأثير العقد وأقوى ؛ لأن اللزوم يقع به ويحصل به المقصود ، ولا فرق بين زوال الأمرين وبين زوال أقواهما .

١٣٤٧٥ - احتجوا : بأنه عين يجوز بيعها ، فجاز رهنها ، كالمقسوم . ومنهم من قال : يجوز بيعها في محل الحق .

١٣٤٧٦ - والجواب : أنا لا نسلم أن المشاع عين لا يمكنه أن يشير إليه ، فيعقد عليه ولا يسلمه [2] ثانيًا ، فسقط هذا الوصف ، وبطل بالدين في الذمة فإن بيعه يجوز ممن هو في ذمته ، ولا يجوز رهنه منه ، ولا من غيره ، وقد قال بعضهم : إن رهن الدين [يصح] [3] إذا قلنا : إن تمليكه من غير من هو عليه جائز ، ويقبضه المرتهن ، فيلزم العقد بالقبض .

١٣٤٧٧ - قلنا : فإذا صح الرهن من غير (تسليم) [4] ، ونحن ناقضناكم بالدين أن بيعه يصح ويلزم وهو دين ، ولا يلزم رهنه ، لذلك لا يتجه من النقض [5] ما ذكرتموه ، ويبطل ما قالوا [6] بمن قال لعبده : إن دخلت الدار فأنت حر [7] ، فإن بيعه جائز ، ولا يصح رهنه .

١٣٤٧٨ - قالوا : لا يمكن بيعه في محل الحق ، ويجوز [8] إذا كان رهنًا ، وجواز أن يعتق فلا يجوز بيعه لجواز أن يموتا ، فلا يجوز بيعه .

١٣٤٧٩ - وإن كانوا يريدون أن بيعه ممكن في محل الحق بكل حال : لم نسلم ، لأنه إنما يباع ما لم يحدث ما يمنع البيع من التلف .

---

(١) في (م) ، (ع) : [باليد] .
(٢) في (م) ، (ع) : [أن يسير إليه فيعقد إليه ولا نسلمه] ، غير أن لفظ : [نسلمه] غير منقوط في (م)
(٣) الزيادة : من (م) ، (ع) .
(٤) ما بين القوسين زيادة اقتضاها السياق .
(٥) في (م) ، (ع) : [كذلك فلا يتجه] ، مكان : [لذلك لا يتجه] ، وفي (ص) ، (م) : [النقص] ، مكان : [النقض] .
(٦) في (م) ، (ع) : [قالوه] .
(٧) في (م) ، (ع) : [حق] ، مكان : [حر] .
(٨) في (م) ، (ع) : [يجوز] بدون الواو .

١٣٤٨٠ - والمعنى في المقسوم : أن الرهن متميز مما ليس برهن ، فصار رهنه كبيعه ، وفي مسألتنا : الرهن غير متميز مما ليس برهن ، فلم يلزم الرهن فيه [كثوب من ثوبين ، أو نقول : إن المعنى فيه : أنه لا يقارن العقد ما ينافي مقصوده] [١] ، وفي مسألتنا : قارنه [٢] ما ينافي مقصوده على ما بيناه .

١٣٤٨١ - قالوا : كل من صح رهن المفرد عنده (صح رهنه لمتعدد) [٣] كما لو رهن داره من رجلين ، وربما قالوا : كل عقد يصح على عين واحدة لعينين صح على بعضها لأحدهما ، أصله : البيع [٤] .

١٣٤٨٢ - قلنا : نقول : بموجب العلتين ، فإن العين التي يصح رهنها من اثنين يصح رهن بعضها أيضًا معينًا ، والخلاف في المشاع .

١٣٤٨٣ - ولأنه إذا رهن من اثنين فجميع العين رهن عند هذا ، ورهن عند هذا [٥] ، ولهذا لو قضى أحَدَهما حبس الآخرُ جميعَهَا ، فإذا اقتضاها فكل واحد يمسك [٦] لنفسه ولشريكه ، فهو كالعدل في حق شريكه ، فلذلك [٧] صح الرهن منهما .

١٣٤٨٤ - قالوا : كيف يكون كل العين رهنًا عند هذا [٨] وهذا ، ولو رهن من أحدهما ثم رهن من الآخر لم يصح ، لأن بعضها عند أحدهما ، كما لو باع عينًا [٩] من اثنين .

١٣٤٨٥ - قلنا : هذا كلام في مسألة أخرى لم يلزمنا بيانها [١٠] ههنا ، ونحن معنا أصل العلة الأولى ، ولا يجوز أن يكلمنا خصمنا [١١] في إفساد المنازعة .

١٣٤٨٦ - ثم هو فاسد ؛ لأن الوثيقة لا تتضايق [١٢] ، فيصح أن يكون كل الرهن وثيقة لهذا ، ووثيقة لهذا ، كما يتعلق بالشقص [١٣] المبيع الشفعة ، لا يبين لكل واحد

---

(١) ما بين المعكوفتين : ساقط من صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش .

(٢) في (م) : [قارن] بدون الهاء .

(٣) ما بين القوسين زيادة اقتضاها السياق .

(٤) قاعدة : « كل عقد يصبح على عين واحدة لعينين صح على بعضها لأحدهما » .

(٥) قوله : [ورهن عند هذا] ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش .

(٦) في (م) ، (ع) : [تمسك] .

(٧) في (م) ، (ع) : [فكذلك] .

(٨) في (م) ، (ع) : [الدين رهنًا عندنا] ، مكان : [العين رهنًا عند هذا] .

(٩) في (م) ، (ع) : [عندهما] .

(١٠) قوله : [بيانها] ساقط من (م) ، (ع) .

(١١) في (م) ، (ع) : [خصمها] .

(١٢) قاعدة : « الوثيقة لا تتضايق » .

(١٣) الشقص : النصيب ، والجزء من الشيء . راجع : المغرب : مادة « شقص » ص٢٥٤ ، المعجم الوسيط (٤٩١/١) .

(جزؤه) [١] من جميعه ، ويتضايق حقهم عند القضاء ، وكما يدفع إلى اثنين نصابه ، ويعقد لكل واحد على جميعه إذا جوز تصرفه / [٢] على حياله ، وكذلك الوثيقة [٣] ثبت لكل واحد في جميع الرهن لأنها لا تتنافى [٤] .

١٥٦/ب

١٣٤٨٧ - فأما إذا رهن عند أحدهما ثم رهنه عند الآخر ، فإنما لا يصح لأن حق الأول يستقر في العين ، فيمنع من التسليم إلى الثاني .

١٣٤٨٨ - فإن قيل : فعلى قولكم : يتهايأ المرتهنان ، فيمسك الرهن [٥] هذا يومًا ، وهذا يومًا ، فيستحق قبض كل واحد منهما .

١٣٤٨٩ - قلنا : كل واحد يمسك [٦] الرهن لنفسه ولصاحبه ، فهو عدل في حق صاحبه ، ويد العدل في الرهن لا تنافي الرهن ، فلا يقال [٧] : إن قبضه استحق .

١٣٤٩٠ - قالوا : كل حال صح أن يكون [٨] المفرد فيها رهنًا ، صح أن يكون المشاع فيها رهنًا ، كحال الاستدامة [٩] .

١٣٤٩١ - قلنا : الإشاعة الطارئة تبطل الرهن في إحدى الروايتين ، والأصل غير مسلم ، وإن سلمناه على الرواية الأخرى [١٠] لم يصح التعليل ، لأنه قد يفسد العقد [١١] بما يقارنه ، وإذا طرأ بعد انعقاده لم يفسد ، كقتل العبد وإباقه في البيع [١٢] .

١٣٤٩٢ - وقد ادعوا في هذه المسألة جواز الرهن من الشريك ، وهذا غير مسلَّم .

---

(١) ما بين القوسين زائد للسياق .

(٢) من قوله : [نصابه ويعقد] إلى قوله : [وتصرفه] غير واضح في (ص) ، المثبت من (م) ، (ع) ، لعل تصويبه : [على جميعه إذا جوز وتصرف] .

(٣) في (م) ، (ع) : [ثبت] .

(٤) في (ص) : [لا يتنافى] .

(٥) في (م) ، (ع) : [يتهيأ] ، مكان : [يتهايأ] ، كلاهما صحيحان ، وفيهما : [الراهن] ، مكان [الرهن] وهو ساقط من صلب (ص) ، واستدركه الناسخ من الهامش .

(٦) في (م) : [تمسك] .

(٧) في (م) ، (ع) : [لا يتنافى] . العدل ، بالفتح : ما يقوم مقامه ، ويد العدل في الرهن ، يعني : يد الكفيل فيه ، أي كفالته فيه . وفي لسان العرب : [واليد] الكفالة في الرهن] . راجع : لسان العرب ، مادة : [يدي] (٤٩٥٣/٦) ، المعجم الوسيط (١٠٧٦/٢) .

(٨) في (م) : [أن نكون] .

(٩) قاعدة : « كل حال صح أن يكون المفرد فيها رهنًا صح أن يكون المشاع رهنًا ، كحال الاستدامة » .

(١٠) في (م) : [الآخر] .

(١١) [العقد] ساقط من صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش .

(١٢) قاعدة : « قد يفسد العقد بما يقارنه ، وإذا طرأ بعد انعقاده لم يفسد ، كقتل العبد وإباقه في البيع » .

١٣٤٩٣ - وألزمونا رهن الاثنين عبدًا لهما من واحد بدين له على كل واحد [١] ، وهذا عندنا يصح ، ويكون جميع العبد رهنًا بكل واحد [٢] من الدينين حتى لو قضى أحدهما دينه [٣] حبس جميع العبد بدين الآخر .

١٣٤٩٤ - فإن قيل : لو باع رجل نصف عبد من شريك فيه ثبت له حق الحبس وثيقة بالثمن ، وإن كان المشتري يمسك [٤] يومًا ، والبائع يومًا لا يبطل ذلك وثيقة البائع [٥] فيه .

١٣٤٩٥ - قلنا : عقد البيع يجوز أن ينعقد غير موجب للحبس [٦] ، مثل : أن يبيع من المشتري ما هو في يده ، أو يبيع بثمن مؤجل ، فوقوع [٧] الحبس مع ما يوجب استحقاق يده [٨] لا تبقي العين ، والرهن لا يجوز أن يلزم غير موجب للحبس ، فإذا انعقد مع وجود ما يوجب استحقاق اليد لم يجز .

١٣٤٩٦ - فإن قيل : لو باع نصف عبده من شريك [٩] وسلم إليه ، فإنه يسترجعه منه بالمهايأة ليخدمه [١٠] ، ثم لا يوجب ذلك زوال قبض المشتري عنه ، بدلالة : أنه لو قُتل [١١] في يد البائع فأخذ قيمته ، طاب للمشتري الفضل في النصف ، لذلك أَخْذ [١٢] العبد من يد المرتهن بالمهايأة لا يوجب استحقاق [١٣] قبضه .

١٣٤٩٧ - قلنا : المشتري يملك [١٤] إيجاب اليد فيما ملكه وقبضه ، بدلالة : أنه لو أخذه وليبيعه فأداه [١٥] إليه البائع وتسلمه ، فهذه يد أوجبها المشتري ، فلا يبطل قبضه لكن هذا لا يملك إيجاب اليد لغيره ، فإذا أخذه الشريك فلم يقبضه بإيجاب المرتهن ، كان ذلك استحقاقًا لقبضه .

---

(١) في (م) ، (ع) : [حال] .

(٢) في (م) ، (ع) : [جميع الرهن عبدًا بكل حال] ، مكان المثبت .

(٣) في (م) ، (ع) : [دية] .

(٤) في (م) : [تمسك] .

(٥) في (م) ، (ع) : [البائع] . ، وفي (ص) : [المبايع] .

(٦) في (م) ، (ع) : [عن موجب الحبس] ، مكان المثبت .

(٧) في (م) ، (ع) : [أو يبيع ثمن موجل بوقوع] .

(٨) في (م) ، (ع) : [هذه] .

(٩) في (م) ، (ع) : [شريكه] .

(١٠) في (م) ، (ع) : [منها المهايأة] ، مكان : [منه بالمهايأة] ، وفي (ع) : [لتحديه] ، مكان : [ليخدمه] .

(١١) في (م) ، (ع) : [قبل] .

(١٢) في (م) ، (ع) : [كذلك] .

(١٣) في (م) ، (ع) : [ولا موجب لاستحقاق] ، مكان : [لا يوجب استحقاق] .

(١٤) في (م) ، (ع) : [تملك] .

(١٥) في (ص) : [فأداها] .

مسألة ٦٨٠

حكم استدامة القبض للمرتهن

١٣٤٩٨ - قال أصحابنا : استدامة القبض حق للمرتهن [١] .

١٣٤٩٩ - وقال الشافعي : ليس بحق له [٢] .

١٣٥٠٠ - لنا : قوله تعالى : ﴿ فَرِهَٰنٌ مَّقْبُوضَةٌ ﴾ [٣] ، فوصف الرهن بالقبض فظاهره يقتضي : أن هذه الصفة لازمة .

١٣٥٠١ - فإن قيل : هذا [٤] يدل على اعتبار القبض له ، وكلامنا في الاستدامة .

١٣٥٠٢ - قلنا : الظاهر : أن المرتهن لا يوجد إلا مع هذه الصفة .

١٣٥٠٣ - فإن قيل : القبض مشاهدة ليس بشرط حال اليد بالإجماع ، فعلم أن المراد به مقبوض حكمًا .

١٣٥٠٤ - قلنا : حقيقة القبض تقتضي المشاهدة دون الحكم ، فالظاهر يقتضي اعتبار القبض المشاهد في جميع الأحوال إلا ما منعه دليل ، لأنها حالة من أحوال الرهن ، فكان القبض حقًّا للمرتهن ؛ أصله : الابتداء [٥] .

١٣٥٠٥ - ولأنها عين محبوسة لاستيفاء الدين ، فكان الحبس إلى أن يستوفي الدين ، كالبيع .

١٣٥٠٦ - فإن قيل : المبيع [٦] محبوس لتعين عقد فإذا أسقط الحبس سقط ، والرهن محبوس بعقد فإذا زال الحبس بقي العقد .

١٣٥٠٧ - يبين [٧] ذلك : أن المرتهن لو تبرع بتسليم الرهن لم يسقط حقه في

(١) في (ص) ، (م) : [حقًّا للمرتهن] وتجوز أيضا على تقدير أن الحال سدت مسد الخبر . راجع المسألة في : تحفة الفقهاء « كتاب الرهن » (٣٨/٢) .

(٢) راجع المسألة في : الأم (١٤٠/٣) ، تكملة المجموع الثانية مع المهذب (١٩٢/١٣) ، حلية العلماء ، الباب السابق (٤٢٢/٤) . وقال مالك ، وأحمد : مثل قول الحنفية ، دوام القبض شرط للزوم الرهن ، وحق للمرتهن . راجع المسألة في المدونة ، (١٥٨/٤ ، ١٦٢) ، الرسالة الفقهية [باب في الشفعة والهبة ، والصدقة ، والحبس ، والرهن إلخ] ص ٢٣١ .

(٣) سورة البقرة : الآية ٢٨٣ .

(٤) ساقط من (م) ، (ع) .

(٥) في (م) ، (ع) : [الانتفا] ، بدون نقط .

(٦) في (م) ، (ع) : [البيع] .

(٧) في (م) : [تبين] .

استرجاعه ، ولو تطوع البائع بتسليم المبيع سقط حقه .

١٣٥٠٨ – قلنا : عقد البيع أوجب الحبس ، بدلالة : أن الحبس بالثمن لم يكن حقًّا له قبل البيع ، وإنما تجدد [1] هذا بالبيع ، فكل واحد منهما محُبس بالمعقود [2] ، فأما سقوط حق البائع إذا تبرع بالتسليم فيدل على ضعف حقه في الحبس [3] وقوة حق المرتهن ، فإذا كان الحق الضعيف يثبت في الاستدامة فالقوي أولى .

١٣٥٠٩ – ولأنه مقبوض بعقد الرهن ، فوجب أن يمنع الراهن من استرداده إلى يده . أصله : إذا كان الرهن مما [4] لا منفعة له ، مثل الحنطة والشعير .

١٣٥١٠ – فإن قيل : إذا لم يكن له منفعة فلا حق للراهن في أخذه ، وإذا كانت له منفعة ثبت له حق الحبس لينتفع [5] به ، كما أن الحرة لزوجها أن يحبسها في بيته ، لأنه لا حق لأحد في منافعها ، والزوجة الأمة لا يحبسها ؛ لأن حق مولاها ثابت في منافعها ، والراهن إنما يمسك ملك نفسه [6] ، وللمالك أن يمسك ملكه لينتفع به (إذا كانت له منفعة) [7] .

١٣٥١١ – قلنا : لم يثبت له حق الإمساك فيما لا منفعة له ، كذلك ماله منفعة .

١٣٥١٢ – احتجوا : بأنه عقد من شرط لزومه القبض ؛ فلم يكن من شرط صحته استدامة استحقاق استدامة القبض ، كالهبة .

١٣٥١٣ – الجواب [8] : أنه لا فرق بينهما ؛ لأن استحقاق استدامة القبض حق (للموهوب) [9] له ما دامت الهبة ، كما أن استدامة القبض حق للمرتهن مادام الدين بحاله .

١٣٥١٤ – قالوا : حالة من حالات ، فوجب أن لا يكون من شرطها استحقاق استدامة القبض ، كما لو بيع بعضه .

١٣٥١٥ – قلنا : إذا بيع بعضه [10] بطل الرهن على إحدى الروايتين ، فلم نسلم هذا .

١٣٥١٦ – قالوا : لا يخلو هذا القبض إما أن يكون شرطًا من حيث المشاهدة ، أو

(١) في (م) ، (ع) : [تحدد] .
(٢) في (م) ، (ع) : [بالعقود] .
(٣) حرف : [على] ساقط من (ع) ، وفي (م) : [الجنس] ، مكان : [الحبس] .
(٤) في (م) ، (ع) : [ما] ، مكان : [مما] .
(٥) في (م) ، (ع) : [ينتفع] بدون اللام .
(٦) في (م) ، (ع) : [ملك يمينه] .
(٧) ما بين القوسين بدل ما جاء في النسخ جميعًا بلفظ : [لو لم ينتفع] .
(٨) في (م) ، (ع) : [والجواب] بالعطف .
(٩) [للموهوب] بدل [للمرهون] المثبتة في النسخ جميعها ، وهو خطأ واضح .
(١٠) قوله : [بعضه] ساقط من (ع) .

الحكم ، وبطل أن يكون من حيث المشاهدة ، لأنه لو كان عارية ، أو على يد عدل ، لم يقدح فيه ، فوجب [١] أن الاعتبار باستدامة قبضه حكمًا ، وكذا نقول : فإن عندنا يكون في يد الراهن ، وهو في يد المرتهن من طريق الحكم .

١٣٥١٧ – قلنا : عندنا استحقاق القبض المشاهد حق المرتهن ، فإذا أعاره فالاستحقاق بحاله ، وإنما أسقط حق نفسه ، فإذا وضعه على يد [٢] عدل فاستحقاق هذا القبض المشاهد حق للمرتهن ، وقد يثبت [٣] حق القبض للإنسان بيد غيره ، كما يثبت [٤] لليتيم حق القبض بيد الوصي .

* * *

(١) في (م) ، (ع) : [فثبت] .
(٢) في (م) ، (ع) : [يدي] .
(٣) في (م) ، (ع) : [ثبت] .
(٤) في (م) ، (ع) : [ثبت] .

مسألة ٦٨١

استيفاء الراهن لمنافع الرهن

١٣٥١٨ - قال أصحابنا : لا يجوز للراهن استيفاء منافع الرهن إلا بإذن المرتهن ، ولا يجوز له إجارة الرهن [1] .

١٣٥١٩ - وقال الشافعي : الراهن [2] يسكن الدار ، ويؤجرها ، ويركب الدابة ، ويعيرها ، ويزرع الأرض ، ويحلب اللبن ، ويجز الصوف ، ولا يطأ الجارية ، ولا يلبس الثوب .

١٣٥٢٠ - واختلف أصحابه في وطء الجارية الصغيرة ، فمنهم من قال : يجوز وطؤها ، ومنهم : من منع وطأها [3] .

١٣٥٢١ - لنا : أن اللّٰه تعالى بين لنا التوثق في الديون بالشهادة صيانة للديون من الجحود ، وبين صيانة الديون [4] بالتوثق عند عدم الشهود بمقتضى الرهن [5] ، حتى لا يجحد الراهن الدين ، وهذا إنما يكون مع بقاء قبضه ، فلو جوزنا للراهن [6] أخذه

(١) راجع المسألة في : شرح معاني الآثار « كتاب الرهن » ، « باب ركوب الرهن واستعماله وشرب لبنه » (٩٩/٤ ، ١٠٠) ، روضة القضاة « كتاب الرهن » (٤١٩/١) ، تحفة الفقهاء (٤٢/٣) .

(٢) في (م) ، (ع) : [المراهن] .

(٣) قال الشيرازي في المهذب : « ويملك الراهن التصرف في منافع الرهن على وجه لا ضرر فيه على المرتهن» . راجع المسألة في : الأم « باب ما يفسد الرهن من الشرط » (١٥٥/٣) ، نهاية المحتاج « كتاب الرهن » (٢٦٥/٤ ، ٢٦٦) ، الجامع لأحكام القرآن للقرطبي ، سورة البقرة (٤١١/٣ - ٤١٣) ، شرح الزرقاني « باب الرهن » (٢٤٢/٥ ، ٢٤٣) ، جواهر الإكليل « باب الرهن » (٨٠/٢) ، الإفصاح ، الباب السابق (٣٦٨/١) ، الكافي لابن قدامة « باب ما يدخل في الرهن وما لا يدخل » ، « فصل : ولا يملك الراهن التصرف في الرهن » (١٤١/٢) ، المغني « فصل وليس للراهن الانتفاع بالرهن » (٤٣٢/٤ ، ٤٣٣) . واتفق الأئمة الأربعة على أن المرتهن لا يجوز له الانتفاع بالرهن إلا أن يأذن له المالك ، ما عدا الحيوان ، فقال أحمد في الأصح : إذا كان الرهن مركوبًا ، أو محلوبًا فللمرتهن أن يركب ويحلب بقدر نفقته ، وبه قال : إسحاق ، وقال أحمد في رواية أخرى : لا يجوز له ذلك .

(٤) في قوله تعالى : ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيْنٍ إِلَىٰٓ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَٱكْتُبُوهُ ﴾ . سورة البقرة : الآية ٢٨٢ . راجع ذلك في : أحكام القرآن للجصاص (٤٨١/١) وما بعدها .

(٥) في قوله تعالى : ﴿ وَإِن كُنتُمْ عَلَىٰ سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُواْ كَاتِبًا فَرِهَٰنٌ مَّقْبُوضَةٌ ﴾ . سورة البقرة : الآية ٢٨٣ .

(٦) في (م) ، (ع) : [للمراهن] .

والانتفاع به ، زال التوثق [١] ؛ لأنه يجحد الدين ، أو يموت والرهن في يده فيجحد الغرماء فيصير أسوة لهم ، فتبطل [٢] الوثيقة ، فثبت أن استدامة القبض حق .

١٣٥٢٢ – يبين [٣] ذلك : أن اللّٰه تعالى وعظ الذي عليه الدين مع عدم الرهن والشهادة ، وأمره بأداء الأمانة [٤] ، فلولا أن التوثق بالرهن مَنَعَ الجحود [٥] لوعظ الراهن أيضًا ، فلما لم يعظ دلَّ أن الدين يُحَصَّن [٦] من الجحود ، كما يُحَصَّن بالشهادة ، وذلك لا يكون مع زوال اليد على ما بيناه .

١٣٥٢٣ – ولأنها منفعة الرهن ، فمنع الراهن من استيفائها ، كمنفعة [٧] البضع ، ومنافع الثوب .

١٣٥٢٤ – فإن قيل : المعنى في منفعة البضع : أن الوطء يؤدي إلى العلوق ، فيبطل به حق المرتهن ، وربما تلفتْ بالولادة ، وكذلك يبلى [٨] باللبس ، فيؤدي إلى نقصان حق المرتهن .

١٣٥٢٥ – قلنا : فاستعمال العبد في الأعمال ربما أدي إلى تلفه من العمل ، ورد الشيء إلى يده يؤدي إلى إسقاط حق المرتهن ؛ لأنه يجحد الدين ؛ فإذا كان الرهن في يد المرتهن لم يجحد الدين ؛ لأن في يد [المرتهن ما هو مثل الدين أو أكثر ، ولا يستفيد الراهن بجحوده الدين فائدة .

١٣٥٢٦ – ولا يلزم على هذا : إذا أعار المرتهن ؛ لأن] [٩] هذا يؤدي إلى إسقاط حقه ، لكنه رضي بذلك .

---

(١) لفظ : [التوثق] ساقط من (م) ، (ع) .

(٢) في (م) ، (ع) : [فيصر اسورة لهم فبطل] ، مكان المثبت .

(٣) في (م) : [تبين] .

(٤) بقوله تعالى : ﴿ فَإِنْ أَمِنَ بَعْضُكُم بَعْضًا فَلْيُؤَدِّ الَّذِى اؤْتُمِنَ أَمَـٰنَتَهُ وَلْيَتَّقِ اللَّهَ رَبَّهُ ﴾ ، سورة البقرة : الآية ٢٨٣ .

(٥) في (ص) : [فلو] ، مكان [فلولا] ، وفي (م) ، (ع) : [الحجر] ، مكان : [الجحود] .

(٦) في (م) ، (ع) : [ذلك أن الدين يحص] .

(٧) في (م) ، (ع) : [استيفاء المنفعة] ، مكان : [استيفائها كمنفعة .

(٨) في (م) : [تبلى] يعني الثوب . بلى الثوب يبلي بلى وبلاء خلق بالضم ، وبلى الميت ، أي : أفنته الأرض ، البلى بكسر الباء : القدم والتقرب إلى الفناء . راجع المصباح المنير [الباب مع اللام وما يثلثهما] (٦١/١) ، المعجم الوسيط ، مادة : [بلى] (٧٠/١)

(٩) ما بين المعكوفتين : ساقط من (ع) .

١٣٥٢٧ - فإن قيل : قد يجحد الدين وإن [١] كان الرهن في يده ، ويدعى الرهن .

١٣٥٢٨ - قلنا : المرتهن يقول : لا يستحق عليَّ تسليم هذا العين ، ويحلف على ذلك ، فيكون [٢] صادقًا ، ويبقى الرهن في يده بإزاء الدين ، ولا تبطل [٣] الوثيقة .

١٣٥٢٩ - ولأنه نوع حبس ؛ فلا يملك من حُبِسَ عنه [٤] الانتفاع به ، كالبيع .

١٣٥٣٠ - فإن قيل : ملك المشتري في المبيع لم يتم ، فلذلك [٥] لم يجز له الانتفاع ، وملك الراهن تام فجاز له الانتفاع .

١٣٥٣١ - قلنا : حق الغير إذا تعلق بالملك التام أثر في التصرف ، كنقصان الملك

١٣٥٣٢ - الدليل عليه : العبد المؤاجر .

١٣٥٣٣ - فإن قيل : الثمن عوض عن المبيع ، فلم يجز للمشتري التصرف فيه وإن لم يجز في الدين .

١٣٥٣٤ - قلنا : البائع يجوز له التصرف في الثمن ، ولا يجوز للمشتري التصرف في المبيع ، فبطل أن يكون حبس المبيع من التصرف لما ذكروه ، وإنما هو لأن الراهن أثبت له حق الحبس [٦] [بعقده حتى يوفيه الدين ، كما أثبت الشرع للبائع حق الحبس] [٧] وثيقة بالثمن .

١٣٥٣٥ - ولأن الإجارة عقد يستحق به اليد ، فلا يصح في الرهن ، كالبيع .

١٣٥٣٦ - ولأنه عقد للاستيفاء ممتنع منه / الرهن ، كالرهن . ١٥٧/أ

١٣٥٣٧ - احتجوا : بحديث أبي هريرة ﷺ : أن النبي ﷺ قال : « لا يُغْلَق الرهن من راهنه ، له غُنْمه وعليه غُرمه » [٨] .

١٣٥٣٨ - والجواب : أن هذا يقتضي أن الغُنم مِلك الراهن ، فكذلك [٩] نقول ،

---

(١) في (م) ، (ع) : [فإن] .

(٢) قوله : [على ذلك فيكون] ساقط من صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش .

(٣) في (م) : [ولا يبطل] .

(٤) في (م)، (ع) : [جنس] ، مكان : [حبس] في الموضعين ، وفي جميع النسخ : [علته] ولعل ما أثبتناه هو الصواب .

(٥) في (م) ، (ع) : [فكذلك] .

(٦) في (م) ، (ع) : [الجنس] .

(٧) ما بين المعكوفتين : ساقط من (م) ، (ع) .

(٨) في (م) ، (ع) : [عنه] ، مكان : [غنمه] ، وهو خطأ . وقد تقدم تخريج هذا الحديث في مسألة (٦٧٨) . قال الشافعي بعد أن أخرجه مرسلًا : [وغنمه : زيادته ، وغرمه : هلاكه ونقصه] ، في المسند (١٦٤/٢) ، الحديث (٥٦٧) .

(٩) في (م) ، (ع) : [وكذلك] .

وليس إذا كان ملكًا له جاز له التصرف فيه ، كما أن الرهن ملكه وإن مُنِع من استهلاكه ، وكما أن منفعة الوطء له على ملكه ، وإن منع من استيفائها .

١٣٥٣٩ - فإن قيل : الخبر يقتضي أن الغُنم له مِلْكًا واستيفاء .

١٣٥٤٠ - قلنا : اللفظ لا يفيد إلا الملك ، فأما الاستيفاء فيثبت بحقه إذا لم يتعلق به حق غيره .

١٣٥٤١ - احتجوا : بقوله ﷺ : « الرهن محلوب ومركوب » [1] ، وقد أجمعنا على أنه [2] ليس بمركوب للمرتهن ، فوجب أن يكون مركوبًا للراهن .

١٣٥٤٢ - الجواب : أن الخبر متروك [الظاهر] ، ولذلك [3] لا يوصف بالحلب ، وإنما يحملونه على أن المرهون مركوب ، ونحن نقول معناه : الرهن يصح فيما يركب ويحلب ، وليس أحد التأويلين أولى من الآخر .

١٣٥٤٣ - وفائدة الخبر على قولنا : أن الحيوان لما افتقر إلى نفقة جاز أن يستشكل جواز رهنه ، فبين [4] ﷺ : أنه يصح وإن افتقر إلى ذلك .

١٣٥٤٤ - ولأن الرهن عندنا محلوب ومركوب ، لأنه يستضر بترك الحلب ، فيحلبه المرتهن حتى لا ينقص ويكون اللبن في الرهن ، ويركبه على طريق الرياضة حتى لا يستضر بالوقوف ، ويركبه المرتهن عقبه ويحمل عليه علفه .

١٣٥٤٥ - وجواب ثان [5] : وهو أن في بدء الإسلام كان نفقة الرهن على من ينتفع بلبنه [6] وركوبه ، فجوز ﷺ [للمرتهن أن ينفق ويركب ويحلب ، والدليل على ذلك : ما روي أن النبي ﷺ] [7] قال : « وعلى من يحلبه ويركبه نفقته » [8] .

---

(١) تقدم تخريج هذا الحديث في مسألة (٦٧٨) ، وأخرجه الشافعي معلقًا بهذا اللفظ في الأم (١٥٥/٣) ، مختصر المزني ص٩٨ .

(٢) في (ص) : [أن] بدون الهاء .

(٣) الزيادة : من (م) ، (ع) ، وفيهما : [وكذلك] ، مكان : [ولذلك] .

(٤) في (م) ، (ع) : [نفعه جاز أن يشكل] ، مكان : [نفقة جاز أن يستشكل جواز رهنه] ، وفي (م) : [فتبين] ، مكان : [فبين] .

(٥) في (م) ، (ع) : [ففيه] ، مكان : [عقبه] ، وهو غير واضح في (ص) ، لعل الصواب ما أثبتناه ، وفي (م) ، (ع) [ثالث] ، مكان [ثانٍ] .

(٦) في (م) : [بليه] ، مكان : [بلبنه] .

(٧) ما بين المعكوفتين : ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش .

(٨) أخرجه البخاري في الصحيح ، في « الرهن » ، « باب الرهن مركوب ومحلوب » (٧٨/٢) والترمذي في السنن « كتاب البيوع » ، باب ما جاء في الانتفاع بالرهن (٥٤٦/٣) ، الحديث (١٢٥٤) ، وابن ماجه في =

١٣٥٤٦ - فإن قيل : هذا لا ينافي قولنا ، لأن النفقة عندنا على الراهن ، والحلاب والركوب له .

١٣٥٤٧ - قلنا : الخبر يقتضي وجوب النفقة بالحلاب ، والراهن يلزمه نفقته بملكه ، لا بالحلب والركوب .

١٣٥٤٨ - قالوا : إنما حدث في ملكه ، فكان له ، كغير [1] الرهن .

١٣٥٤٩ - قالوا : بأنه محبوس بحق متعلّقه ، فكان نماؤه [2] لمالكه ، كالعبد الجاني .

١٣٥٥٠ - قلنا : حكم مسلّم ؛ لأن النماء له ، والكلام في أنه يمنع منه أم لا .

١٣٥٥١ - قالوا : إنما حدث بملكه ، فكأن لم يتعلق بحق ، فكان لمالكه أن يستوفيه لغير الرهن .

١٣٥٥٢ - قلنا : لا نسلم الوصف ، لأن التعليل إن كان في [3] اللبن فهو في الرهن ، وإن كان في المنافع فحق المرتهن متعلق بها من المنع منها ، لأن الوثيقة لا تتم إلا بذلك على ما بينا .

١٣٥٥٣ - والمعنى فيما ليس برهن : أنه لا يمتنع مالكه من الوطء فلم يمنع من الخدمة ، ولما منع الراهن من الوطء الذي يملكه منع من الخدمة .

١٣٥٥٤ - قالوا : محبوس بحق متعلّقٍ به ، فكان لمالكه استيفاء منافعه ، كالعبد الجاني .

١٣٥٥٥ - قلنا : العبد الجاني ليس بمحبوس ، ولا يثبت [4] لولي الجناية حبسه لحقه ، فالوصف غير مسلّم .

١٣٥٥٦ - ولأن الاستخدام لا يبطل حق ولي الجناية [5] ، لأن حقه لم يثبت بالتوثق ، وفي مسألتنا : الرهن يثبت [6] حبسه للتوثق ، وفي استخدام ملكه إبطال التوثق

= السنن ، « كتاب الرهون » ، « باب الرهن مركوب ومحلوب » (٨١٦/٢) ، وأحمد في المسند (٤٧٢/٢) .

(١) في (م) ، (ع) : [لغير] .

(٢) في (م) ، (ع) : [عاده] ، مكان : [نماؤه] .

(٣) لفظ : [الوصف] ، و [في] ساقطان من (م) ، (ع) .

(٤) في (م) ، (ع) : [ولا ثبت] .

(٥) في (م) ، (ع) : [ولأن الجناية تثبت] ، مكان : [ولي الجناية] .

(٦) في (م) ، (ع) : [ثبت] .

على ما قدمنا .

١٣٥٥٧ - قالوا : الرهن عقد لا يبيح للمعقود له [1] الانتفاع بالمعقود عليه ، فوجب أن لا يمنع مالكه من الانتفاع به أصله : النكاح .

١٣٥٥٨ - قلنا : يبطل بالوطء وبلبس الثوب .

١٣٥٥٩ - قالوا : نحترز عنه فنقول : فوجب أن لا يمنع مالكها من الانتفاع بها مع عدم الضرر .

١٣٥٦٠ - قلنا : هذا الوصف لا تأثير له في الأصل ، لأن المولى لا يمنع من منافع المزوجة وإن أضر ذلك بزوجها [2] ، ألا ترى : أن في استخدامها ووطئها عنده إلحاق الضرر [3] به .

١٣٥٦١ - ثم هو مسَّلم ؛ لأن عندنا في استخدامه ضررًا ، لأنه يموت والرهن في يده ، فيجحد الغرماء الرهن ، فيصير المرتهن وهم سواء .

١٣٥٦٢ - والمعنى في الأمة المزوجة : أن حق الزوج تعلق بنوع من منفعتها ، فما لم يتعلق حكمه به لا يمنع المولى منه ، والمرتهن عقد الوثيقة على رقبة الرهن ، والعقد على الرقاب يمنع العاقد من الانتفاع بها ، كعقد البيع ، وكمنفعة الوطء من الرهن .

١٣٥٦٣ - قالوا : عين تعلق بها دين ، فجاز لصاحبها أن ينتفع بها مع عدم الضرر ، كالأمة الجانية .

١٣٥٦٤ - قلنا : يبطل بالمبيعة ، ولأن استخدام الجانية لا يبطل حق الجناية ، وليس كذلك استخدام الرهن ؛ لأنه يبطل الوثيقة منه على ما قدمنا .

* * *

(١) في جميع النسخ : « المعقود عليه » ، والصواب ما أثبتناه . راجع قولهم في : النكت في « مسائل الرهن » ، ورقة (١٥٠ ب ، ١٥١ أ)

(٢) في (م) ، (ع) : [فإن أضر ذلك تزوجها] .

(٣) في سائر النسخ : [عند] ، لعل الصواب : [عنده] وفي (م) ، (ع) : [ضرر] بدون [أل] .



مسألة ٦٨٢

رهن العين المغصوبة من الغاصب

١٣٥٦٥ - قال أصحابنا : إذا رهن المالك العين المغصوبة من الغاصب ، صح الرهن ، وزال ضمان الغصب ، وتجدد ضمان الرهن (١) .

١٣٥٦٦ - وقال الشافعي : يصح الرهن ، وضمان الغصب بحاله .

١٣٥٦٧ - وإذا أودع العين عند الغاصب ، نص الشافعي : أن ضمان (٢) الغصب يسقط ، ومن أصحابه من قال : لا يسقط .

١٣٥٦٨ - وإذا أبراه من ضمان الغصب ، ففيه (٣) وجهان ، أحدهما : يزول ، والآخر : لا يزول حتى يرده إلى المالك .

١٣٥٦٩ - وإذا باع الغصب من الغاصب أو وهبه له ، سقط ضمان الغصب (٤) .

١٣٥٧٠ - لنا : أنه عقد صحيح على العين المغصوبة بين المالك والغاصب ، فوجب أن يسقط ضمان الغصب ، كالبيع .

١٣٥٧١ - ولا يلزم : إذا استأجر الغاصبَ لتعليم العبد القرآن ، أو لنقل الثوب ، أو ليحمله من مكان إلى مكان ؛ لأن ذلك [العقد] (٥) لم يقع على العين ، وكذلك إذا وكله بالبيع ، فعقد (٦) الوكالة لم يقع على العين .

١٣٥٧٢ - فإن قيل : المعنى فيه : أن الغاصب ملك العين ؛ فلم يضمنها ضمان

---

(١) راجع المسألة في : روضة القضاة للسمناني « كتاب الرهن » (٤١٩/١) .

(٢) في (م) ، (ع) : [على أن ضمان] ، بزيادة : [على] .

(٣) في جميع النسخ : [فيه] بدون الفاء ، وما أثبتناه أصح .

(٤) راجع المسألة في : الأم « كتاب الرهن الكبير » ، وفي « ما يكون قبضًا في الرهن » (١٤٢/٣) ، المهذب مع تكملة المجموع الثانية « كتاب الرهن » (١٨٣/١٣ ، ١٨٩) ، حلية العلماء « كتاب الرهن » (٤٠٨/٤ ، ٤٠٩) ، نهاية المحتاج « كتاب الرهن » (٢٥٥/٤) ، بداية المجتهد « كتاب الرهن » ، في « الركن الثاني » (٢٩٦/٢) ، المغني « فصل : وإن رهنه مالًا له في يد المرتهن إلخ » ، و « فصل : فإذا رهنه المضمون ، كالمغصوب » (٣٧٠/٤ ، ٣٧١) .

(٥) الزيادة : من (م) ، (ع) .

(٦) في (م) ، (ع) : [بعقد] ، بدون نقطة الأولي .

الغصب ، وفي مسألتنا : الحادث عقد لا يفضي إلى زوال الملك [١] ، فإذا قبض الغصب عنه لم يَزَلْ ضمان الغصب ، كالإجارة .

١٣٥٧٣ - قلنا : المسقط للضمان في البيع ليس هو وقوع الملك ، لأن الغاصب لو اشتراه لغيره زال ضمان الغصب وإن لم يملك .

١٣٥٧٤ - ولأنه لا يمتنع أن يكون الشيء على ملكه ويضمنه ضمان الغصب ، كما [لو] [٢] أتلف الراهن الرهن ، أو العبد المدبر ، ضمن قيمته .

١٣٥٧٥ - وأما علة الفرع : فليس يمنع أن يزول ضمان الغصب وإن لم يزل الملك ، كالوديعة على المنصوص عليه [٣] من المذهب .

١٣٥٧٦ - فإن قيل : المعنى في البيع : أنه [٤] يزيل ضمان الجناية ، فأزال ضمان الغصب ، والرهن لا يزيل ضمان الجناية ، فلم يَزُلْ ضمان الغصب .

١٣٥٧٧ - قلنا : ضمان الجناية لا يزول برد المجني عليه إلى ملكه ، فلم يزل بإذن [٥] المالك في إمساكه . وضمان الغصب يسقط برد العين إلى يد مالكها ، فجاز أن يسقط بإذنه في [٦] إمساكه .

١٣٥٧٨ - ولأنه عقد من شرط صحته القبض طرأ على العين المغصوبة ، كالهبة .

١٣٥٧٩ - ولأنه ممسك العين بإذن مالكها فلا تكون مضمونة عليه ضمان الغصب لحقه ، كالرهن [٧] المبتدأ ، وإذا أودع الغصب عند الغاصب [٨] .

١٣٥٨٠ - ولا يلزم : إذا أذن الراهن لرجل في غصب الرهن ، لأنه لا يضمنه لحق الراهن ، بدلالة : أنه يدفع القيمة فيكون رهنًا ، وإذا قضى الراهن الدين عادت القيمة إليه .

١٣٥٨١ - ولا يلزم : الهبة الفاسدة ، وهبة المريض ، لأن الموهوب له يمسك الشيء بحق ملكه ، لا بأمر الواهب .

---

(١) لفظ : [الملك] ساقط من (م) ، (ع) . (٢) الزيادة : من (م) ، (ع) .
(٣) لفظ : [عليه] ساقط من (م) ، (ع) . (٤) في (ع) : [أن] بدون الهاء .
(٥) في (م) ، (ع) : [ما دون] ، مكان : [بإذن] .
(٦) في (م) ، (ع) : [من] ، مكان : [في] .
(٧) في (م) ، (ع) : [على الرهن] ، مكان : [كالرهن] .
(٨) لفظ : [الغصب] ساقط من (م) ، (ع) ، وقوله : [عند الغاصب] مكرر في (م) .

١٣٥٨٢ – ولا يلزم : إذا أُسْتُأجِرَ لنقل الطعام المغصوب ، لأن الضمان لا يسقط بالعقد ، لأنه تم له في الحبس [١] من غير نقل ، فإذا أحدث في النقل سقط الضمان ، لأنه ممسك له بأمره .

١٣٥٨٣ – ولأن عقد الرهن إذا لزم في العين المغصوبة يسقط ضمان الغصب ، كما لو رهنه عند غير الغاصب وأذن له في قبضه فقبضه .

١٣٥٨٤ – ولأن الضمان حكم متعلق بالغصب ، فوجب أن يسقط بلزوم الرهن أصله : المأثم [٢] ، وضمان الرد ، ولزوم التسليم [٣] .

١٣٥٨٥ – احتجوا : بأنه مضمون ضمان الغصب ، ومن زعم أن الضمان زال فعليه إقامة الدليل .

١٣٥٨٦ – قلنا : نقابله بمثله [إذا] [٤] أجمعنا على أن ضمان الرد سقط [٥] عنه ، فمن زعم أن ضمان العين بقى معه ، وسقط ضمان الرد [٦] ، فعليه إقامة الدليل

١٣٥٨٧ – قالوا : استدامة إمساك الغصب بعقد [٧] لا يفضي إلى زوال الملك ، فلم يزل ضمان الغصب ، وكما لو غصب ثوبًا فاكتراه مالكه ليعلمه صنعه ، أو كان [٨] [عبدًا فاكراه مالكه ليعلمه صنعه ، أو كانت] [٩] دابة فاكتراها ليروضها [١٠] .

١٣٥٨٨ – قلنا : هذه العقود لا تقتضي إفراد [١١] الغاصب باليد . بدلالة : أنه يجوز أن يعمل الثوب في دار مالكه ، ويعلم العبد القرآن عند مولاه [١٢] ، فلما لم يوجب

(١) في (م) ، (ع) : [الجنس] .
(٢) في جميع النسخ : [الموتم] ، لعل الصواب ما أثبتناه .
(٣) في (م) ، (ع) : [لزوم التسليم] بدون العطف .
(٤) الزيادة : من (م) ، (ع) . (٥) في (ع) : [يسقط] .
(٦) في جميع النسخ : [فمن زعم أن الضمان العين بقى معه سقط ضمان الرد] ، وتصويبه يكون هكذا : [فمن زعم أن ضمان العين بقى معه وسقط ضمان الرد] .
(٧) في (م) ، (ع) : [لعقد] .
(٨) في (م) ، (ع) : [فأكراه مالكه ليعلمه صنعه] ، مكان المثبت ، وفي جميع النسخ : [كانت] ، مكان : [كان] ، والصواب ما أثبتناه .
(٩) ما بين المعكوفتين : ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش .
(١٠) في (م) ، (ع) : [فاستأجرها لروضها] ، مكان : [فاكتراها ليروضها] .
(١١) في (م) : [لا يقتضي] ، وفي (م) ، (ع) : [انفراد] ، مكان : [إفراد] .
(١٢) قوله : [عند مولاه] ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش .

العقدُ الانفرادَ باليد لم يصر (١) إمساكه مأذونًا فيه ، فلم يسقط الضمان ، والرهن يقتضي انفراد المرتهن باليد ، فإذا أذن في إمساكه زال ضمان الغصب ، كما يزول لو رهنه من غيره وأمره (بإقباضه) (٢) ، وأما إذا استأجره ليروض الدابة فيجوز أن يقال : إنه إذا أخذ في الرياضة زال ضمان الغصب ، لأنه انفرد باليد بإذن المالك .

١٣٥٨٩ – قالوا : العين مضمونة (٣) بالغصب ، و (ضمانه) (٤) أكثر من عقد الرهن ، والرهن لا ينافي الضمان ، بدليل : أن المرتهن لو تعدى في الرهن فغصبه أو استعمله فالرهن بحاله ، وهو مضمون بالغصب ، فثبت (٥) أنه لا ينافي الضمان ، فوجب أن يجتمعا معًا .

١٣٥٩٠ – قلنا : عقد الرهن لا ينافي ضمان (٦) الغصب (٧) ، وإنما إمساك الرهن ينافي إمساك الغصب ، فإذا طرأ الرهن (٨) زال إمساك الغصب ، فقد انتفى كل واحد من الإمساكين بالآخر ، والطارئ منهما يرفع (٩) حكم ما قبله ، كإمساك الوديعة والغصب ، وإن طرأ إمساك الوديعة على إمساك الغصب زال إمساك الغصب ، وإن طرأ الغصب (١٠) على الوديعة زال إمساك الوديعة وتجدد ضمان الغصب / . ١٠/ب

١٣٥٩١ – يبين ذلك : أن ضمان الرهن عندنا بالأقل من قيمته ومن الدين ، وضمان الغصب ضمان العين بكل قيمتها ، فإذا تجدد الغصب زال الضمان الأول ، وصارت العين مضمونة بكل (١١) قيمتها .

١٣٥٩٢ – قالوا : وإذا كان التعدي الحادث لا يزيل عقد الرهن فالعقد عندكم هو الذي يزيل ضمان الغصب ، ويكون كالإبراء ، فلم يتجدد (١٢) ضمانٌ معه .

---

(١) في (م) ، (ع) : [يصر] بدون [لم] .
(٢) في سائر النسخ : [للبقية] ، وقد أبدلناها بما بين القوسين .
(٣) لفظ : [العين] ساقط من (م) ، (ع) ، وفي (ع) : [مضمون] بدون التاء المربوطة .
(٤) ما بين القوسين بدل : [وما تجدد] المثبتة في النسخ كلها .
(٥) في (م) ، (ع) : [ثبت] بدون الفاء .
(٦) لفظ : [ضمان] ساقط من صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش .
(٧) قاعدة : « عقد الرهن لا ينافي ضمان الغصب ، وإنما إمساك الرهن ينافي إمساك الغصب » .
(٨) في (م) ، (ع) : [الغصب] ، مكان : [الرهن] .
(٩) في (ص) : [يدفع] .
(١٠) في (م) ، (ع) : [العقد] ، مكان : [الغصب] .
(١١) في (م) ، (ع) : [كل] بدون الباء . (١٢) في (م) ، (ع) : [فلم يجدد] .

١٣٥٩٣ - قلنا : لسنا نقول : إن العقد يسقط إمساك العين بحكم العقد .

١٣٥٩٤ - قالوا : قولكم : عقد المريض بحاله محال من وجهين ، أحدهما : لا يجوز أن يزول كونه بيعًا [١] وهبةً مع بقاء عقده ، والثاني : لو زال كونه رهنًا لوجب إذا مات [٢] الراهن وعليه دين أن لا ينفرد به المرتهن [٣] .

١٣٥٩٥ - قلنا : ما زال بالنقدين كونه [٤] رهنًا مع بقاء عقده ، وإنما زال إمساك الرهن ، وهذا لا يوجب زوال العقد [٥] بالاتفاق ، كما لو أعاره الراهن .

١٣٥٩٦ - فأما قولهم : - « لو زال كونه رهنًا لم يكن المرتهن أحق به » - فليس بصحيح [٦] ، لأنه لم يزل كونه رهنًا ، وإنما زال إمساك الرهن كما يزول بإعارته [٧] للراهن ، ثم إذا ارتفعوا إلى الحاكم أمر بإزالة النقدين فيعود إمساك الرهن كما كان .

١٣٥٩٧ - قالوا : إذا ثبت أن التعدي الطارئ لا ينافي الرهن ، وحال البقاء أقوى من حال الابتداء ، [فإذا لم ينف ضمانَ الغصب في حال قوته ، فلأن لا ينفيَهُ حال ضعفه وهي حالة الابتداء أولى] [٨] .

١٣٥٩٨ - قلنا : قد بينا أن الرهن لا ينافي الغصب ، وإنما إمساكه ينفي إمساك الغصب ، والإمساك لا يقال فيه [٩] : إن البقاء عليه أقوى ، وإنما يقال ذلك من المعقود [١٠] ، وأما القبوض المختلفة [١١] الأحكام : فالطارئ منها يتجدد حكمه ، فينفي [١٢] الأول كالغصب ، والوديعة ، والجناية إذا طرأت على القبض بالغصب .

---

(١) في (م) : [تبعًا] .

(٢) في (ص) : [لوجبه] ، بزيادة الهاء ، وفي (م) : [ماك] ، مكان : [مات] .

(٣) في (م) ، (ع) : [وعليه أن لا ينفرد بالمرتهن] ، مكان المثبت .

(٤) في (م) : [النقدين] ، وكذلك في (ع) بدون نقط ، وفي (ص) غير واضح ، لعل الصواب : [العقدين] وفي (م) ، (ع) : [وكونه] بالعطف .

(٥) في (م) ، (ع) : [العقل] .

(٦) في (م) : [صحيح] بدون الباء .

(٧) في (م) ، (ع) : [كإعارته] .

(٨) ما بين المعكوفتين : ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش .

(٩) في (ص) : [وكإمساك] ، مكان : [والإمساك] ، وهو ساقط من صلبها ، واستدركه الناسخ في الهامش ، ولفظ : [فيه] ساقط من (م) ، (ع) .

(١٠) في (م) ، (ع) : [العقود] .

(١١) في (م) ، (ع) : [المقبوص] ، ومكان : [المختلفة] فيها بياض .

(١٢) في (م) ، (ع) : [فنفى] .

١٣٥٩٩ - قالوا : حال من حالات الرهن ، فوجب أن لا ينافي ضمان الغصب ، كالاستدامة .

١٣٦٠٠ - قلنا : لا فرق بين الابتداء والاستدامة على ما قدمنا ، لأن الرهن لا ينافي ضمان الغصب في الحالتين ، وإنما إمساك العين بالرهن ابتداء ينفي ضمان [1] الغصب ، وكذلك إمساكها رهنًا في حال البقاء يزيل ضمان الغصب ، لأنه إذا تعدى في الرهن ثم زال التعدي حال إمساك الرهن ، فالنافي [2] الموجود حال البقاء مثله يوجد حال الابتداء .

١٣٦٠١ - ولأن الرهن عندنا يجري مجرى الإبراء من ضمان الغصب ، والبراءة من الحق توجد بعد ثبوته فيصح ، وتوجد قبل ثبوت الحق فلا يتعلق بها حكم ، كالبراءة من الدين ، فلذلك لم يُسقط الرهن ما يتجدد من ضمان الغصب .

١٣٦٠٢ - قالوا : ضمان الغصب لا ينافيه استدامة الرهن ، فوجب أن لا ينافيه [3] ابتداؤه ، أصله : ضمان الجناية .

١٣٦٠٣ - قلنا : الوصف غير مسّلم ، لأن استدامة الرهن وضمان الغصب يتنافيان ، لأنه يوجد ضمان الغصب وينتفي [4] إمساك الرهن ، [كما أن إمساك الرهن] لحماية [5] ضمان الغصب ، ثم ضمان الجناية إن كان يريد به ما تلف بالجناية فالرهن لا يسقط ذلك ، كما لا يسقط حكم ما تلف بالغصب من العين المغصوبة ، وإذا أريد الضمان المتعلق به الجناية وهو السراية ، فذلك لا يسقط بالإذن في الإمساك ، كما لا يسقط برد المجني عليه إلى ملكه ، وأما العلم المتعلق بإمساك الرهن فيسقط برد العين المغصوبة إلى مالكها ، كذلك يسقط بإذنه مع [6] إمساكها .

* * *

(١) لفظ : [ابتداء] ساقط من (ع) ، وفي جميع النسخ : [يبقى] ، مكان : [ينفي] ، لعل الصواب ما أثبتناه ، وفي (ع) : [ضمانه] ، مكان : [ضمان] .

(٢) في (م) ، (ع) : [فالباقي] .

(٣) في (م) ، (ع) : [أن لا ينافيه استدامة الرهن وضمان] بالزيادة ، وهي مشطوبة في (ص) .

(٤) في (م) ، (ع) : [ويبقي] .

(٥) ما بين المعكوفتين : ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش ، وفي (ص) ، (م) : [لسعاية] ، وفي (ع) : [السراية] ، مكان : [لحماية] ، لعل الصواب ما أثبتناه .

(٦) في هامش (ص) : [في] ، مكان : [مع] ، من نسخة أخرى .



عتق الراهن العبد المرهون

١٣٦٠٤ – قال أصحابنا : إذا عتق الراهن العبد المرهون ، نفذ عتقه [١] وخرج من الرهن ، فإن كان موسرًا : ضمن قيمته وكانت [٢] رهنًا إن كان الدين مؤجلًا ، وإن كان معسرًا : يبقى [٣] العبد في قيمته [٤] .

١٣٦٠٥ – واختلف أصحاب الشافعي ، فمنهم من قال في قوله الجديد : إن كان [٥] موسرًا : نفذ العتق قولًا [٦] واحدًا ، وإن كان معسرًا : فعلى قولين .

١٣٦٠٦ – وفي القديم : إن كان معسرًا : قولًا واحدًا ، وإن كان موسرًا : فعلى قولين .

١٣٦٠٧ – ومنهم من قال : فيه ثلاثة أقوال : أحدها : ينفذ بكل حال ، والثاني : لا ينفذ بكل حال ، والثالث : ينفذ إن كان موسرًا ، ولا ينفذ إن كان معسرًا .

١٣٦٠٨ – وأما إذا وطئها فحبلت فالولد حر ، وهي أم ولد [٧] في حق الراهن حتى لو وهبها من المرتهن أو باعها لم يجز ، وهل تكون [٨] أم ولد في حق المرتهن ؟ فيه قولان ، أحدهما : تباع [٩] إذا حل الدين ، ولا ينفذ الاستيلاد في حقه ، كالعتق [١٠] .

---

(١) في (ع) : [عتقه فيه] ، بزيادة : [فيه] .

(٢) في (م) ، (ع) : [وإن كان رهنًا] ، مكان : [وكانت رهنًا] .

(٣) في (ص) : [يسعى] .

(٤) راجع المسألة في : مختصر الطحاوي « كتاب الرهن » ص٩٣ ، روضة القضاة (٤١٩/١) ، مسألة (٢٣٤٤) ، طريقة الخلاف في الفقه ص ٤٣٦ – ٤٣٨ ، مسألة (١٧٧) ، بدائع الصنائع (١٧١/٦) . الهداية مع البناية « باب التصرف في الرهن » (٢٤/١٢) ، مجمع الأنهر « باب التصرف في الرهن وجنايته » (٥٧٩/٢) .

(٥) في (م) ، (ع) : [لمن كان] ، مكان : [إن كان] .

(٦) لفظ : [قولًا] ساقط من (م) ، (ع) .

(٧) في (م) ، (ع) : [في حق المرتهن] ، مكان : [وهي أم ولد] .

(٨) في (م) : [يكون] .

(٩) في (م) : [يباع] .

(١٠) راجع : الأم ، في « رهن المشاع » (١٩٥/٣) ، المهذب مع تكملة المجموع الثانية « كتاب الرهن » (٢٣٦/١٣ – ٢٣٩) ، المدونة ، في « فيمن رهن عبدًا فأعتقه وهو في الرهن » (١٦٩/٤) ، المنتقى « الباب الثاني في صفة الحيازة إلخ » (٢٥٠/٥) ، الكافي لابن عبد البر « باب جامع الرهون » (٨٢١/٢) ، =

١٣٦٠٩ – لنا : ما روى [١] عمرو بن شعيب ، عن أبيه ، عن جده : أن النبي ﷺ قال : « لا عتق إلا فيما يملكه ابن آدم » [٢] .

١٣٦١٠ – وروى : أنه ﷺ قال : « من أعتق شركًا له في عبد ، فإن كان موسرًا ضمن قيمة نصيب شريكه ، وإن كان معسرًا سعى العبد غير مشقوق عليه » [٣] ، ولم يفصل بين المرهون وغيره .

١٣٦١١ – وروى أبو هريرة رضي الله عنه : أن النبي ﷺ قال : « من لعب بطلاق أو عتاق ، فهو جائز » [٤] .

١٣٦١٢ – ولأنه عتق من مكلف صادف رقًا بملكه ، فوجب أن ينفذ ، كالعبد المستأجر ، والمبيع في يد البائع .

١٣٦١٣ – فإن قيل : العبد المستأجر يعتقه لأنه لزمه [٥] أن يخدم بعد العتق حتى تنقضي المدة .

١٣٦١٤ – قلنا : لا نسلم هذا ، بل هو بالخيار إن شاء مضى على العتق ، وإن شاء فسخ .

١٣٦١٥ – فإن قيل : المستأجر تعلق بمنفعته دون رقبته ، (فالعتق يتعلق بما) [٦] فيما لم يتعلق (حق المستأجر به) [٧] .

١٣٦١٦ – قلنا : عقد الإجارة يقع على الرقبة ، والاستيفاء من المنفعة ، كما أن عقد

= الإفصاح (٣٦٩/١) الكافي لابن قدامة « فصل : لا يجوز له عتق الرهن » (١٤٣/٢ ، ١٤٤) ، المغني « مسألة : وإذا أعتق الراهن عبده المرهون إلخ » (٣٩٩/٤ ، ٤٠٠) .

(١) في (م) ، (ع) : [لما روى] ، مكان : [لنا ما روى] .

(٢) تقدم تخريجه في مسألة (٦٤٣) .

(٣) أخرجه البخاري في الصحيح « كتاب العتق » ، « باب إذا أعتق نصيبًا في عبد وليس له مال » (٨٠/٢) ، ومسلم في الصحيح « كتاب العتق » ، « باب ذكر سعاية العبد » (١١٤٠/٢) ، الحديث (١٥٠٣/٣) ، وأبو داود في السنن « كتاب العتق » ، « باب من ذكر السعاية في هذا الحديث » (٣٨٠/٢) والترمذي في السنن « كتاب الأحكام » ، « باب ما جاء في العبد يكون بين الرجلين » (٦٢١/٣) ، الحديث (١٣٤٨) ، وابن ماجه في السنن « كتاب العتق » ، « باب من أعتق شركًا له في عبد » (٨٤٤/٢) ، الحديث (٢٥٢٧) ، وأحمد في المسند ، في « مسند أبي هريرة رضي الله عنه » (٤٢٦/٢ ، ٤٢٧) .

(٤) لم نقف على هذا الحديث بعد .

(٥) في (م) ، (ع) : [لزم] بدون الهاء .

(٦) ما بين القوسين بدل مما جاء في النسخ بلفظ : [فالعين يتعلق يقع فيما] .

(٧) ما بين القوسين بدل مما جاء في النسخ بلفظ : [الحق به] وليس واضحًا .

الرهن يقع على الرقبة ، ويستوفي المهر من القيمة .

١٣٦١٧ - فإن قيل : لا نسلم أن عتق المشتري يقع في المبيع [١] .

١٣٦١٨ - قلنا : هذا لا يسلم على مذهب الشافعي ، وإنما خالف ابن خيران [٢] فيه ، وكلامنا مع الشافعي .

١٣٦١٩ - فإن قيل : الثمن يتعلق برقبة المشتري ، والدين في مسألتنا متعلق بعين الرهن .

١٣٦٢٠ - قلنا : كل واحد منهما وثيقة بالمال ، إلا أن التوثيق في البيع يثبت بالشرع ، وفي الرهن بالعقد المعقود من كل واحد منهما [٣] على حراسة المال الذي في مقابلته ، لكن صاحب اليد أولى بما في يده من الغرماء ، والثمن عندنا متعلق بذمة المشتري [٤] في عين المبيع ، والدين يتعلق بذمة الراهن وبعين الرهن .

١٣٦٢١ - ولأن كل من ملك عينًا مملوكّة ، ملك عتق ابنها [٥] ، أصله : المستأجرة ، والمبيعة .

١٣٦٢٢ - ولأن حق المرتهن الذي لا يملك عتق من يحدث من أولادها [٦] ، لا يمنع عتق أمهم ، كحر في الجناية في الأمة الجانية .

١٣٦٢٣ - ولأنه من أهل العتق صادف عتقه ملكه ؛ فوجب أن يفعل لغير المرهون .

١٣٦٢٤ - فإن قيل : غير [٧] المرهون لا يبطل بعتقه حق غيره ، وفي مسألتنا : بخلافه .

١٣٦٢٥ - قلنا : العتق إذا صادف ملك المُعْتِق [٨] ، وهو من أهل الإعتاق نفذ ، وإن

---

(١) في (م) ، (ع) : [في البيع] .

(٢) في (م) ، (ع) : [خالفًا من خيران] ولفظ : [خيران] في جميع النسخ بدون نقط ، لعل الصواب ما أثبتناه وابن خيران : هو الحسين بن صالح بن خيران ، أبو عليٍّ البغدادي ، إمام وشيخ الشافعية في عصره ، توفي رحمه الله سنة عشرين وثلاثمائة ، وقيل : في حدود العشر وثلاثمائة . راجع ترجمته في : سير أعلام النبلاء (٥٨/١٥ ، ٥٩) ، الترجمة (٢٧) ، طبقات الشافعية للأسنوي (٢٢٢/١) ، الترجمة (٤١٧) .

(٣) في (ص) : [منها] ، مكان : [منهما] . (٤) في (م) : [الشري] .

(٥) في (م) ، (ع) : [والدين يتعلق بذمة الذمة وبغير الراهن ، ولأن كل من ملك غير مملوكه ملكه عتق ابنها] ، مكان المثبت .

(٦) في جميع النسخ : [لا يملك عتق بها إلخ] والعبارة ناقصة إذ لا يتضح المعنى منها .

(٧) في (م) ، (ع) : [لغير] ، بزيادة اللام . (٨) في (م) ، (ع) : [العتق] .

أسقط حق غيره بعتق نصيبه من العبد المشترك وعتق الجارية التي حملها لغيره .

١٣٦٢٦ – ولأنه ملك ولاء له محبوس عليه بدين ، فوجب أن ينفذ عتقه إذا كان من أهل الإعتاق ، [كالبيع] [(١)] .

١٣٦٢٧ – فإن قيل : لا نسلم أن المبيع محبوس [بدين ، لأن [(٢)] الواجب تسليم المبيع أولًا ثم الثمن .

١٣٦٢٨ – قلنا : المبيع محبوس] [(٣)] إلى أن ينقد المشتري [(٤)] الثمن بالاتفاق ، ولا يجب على البائع تسليم المبيع قبل ذلك .

١٣٦٢٩ – فإن قيل : إنما نفذ العتق في البيع ، لأنه قبض يستقر به الثمن ، كما استقر بالإملاك ، وإذا استقر الثمن به [(٥)] كان ذلك في حق البائع [(٦)] ، وعتق الراهن أنه (يسقط) [(٧)] به حق المرتهن ، كما (يسقط) [(٨)] باستهلاكه ، فلذلك لم ينفذ .

١٣٦٣٠ – قلنا : لو كان نفوذ العتق لما ذكرتم [(٩)] ، لوجب أن يملك المشتري القبض قبل إحضار الثمن ، لأن حق البائع يستقر به ، فلما لم يملك ذلك دلَّ على أن نفوذ العتق إنما هو لأنه لا يمكن فسخه ، وهذا المعنى موجود في غير الراهن .

١٣٦٣١ – ولأنه عقد لا يزيل الملك عن الرقبة ، فكان وجوده وعدمه سواء ، ونفوذ [(١٠)] العتق في الكتابة والنكاح والإجارة .

١٣٦٣٢ – فأما الكلام على القول الآخر : فلأن من نفذ عتقه في ملكه إذا كان موسرًا نفذ عتقه إذا كان معسرًا ، أصله : العتق في الملك المشترك ، وعتق المؤجر ، وعكسه : الوارث إذا كان على الميت دين [(١١)] ، والمولى في مماليك عبده إذا كان على العبد دين .

---

(١) الزيادة : من (م) ، (ع) .   (٢) في (م) ، (ع) : [ولأن] بالعطف .

(٣) ما بين المعكوفتين : ساقط من صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش .

(٤) في (م) ، (ع) : [أن يحبس] ، مكان : [أن ينقد] .

(٥) لفظ : [به] ساقط من (ع) .

(٦) لفظ : [ذلك] ساقط من صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش ، وفي (م) ، (ع) : [كان في حق ذلك البائع] ، مكان المثبت .

(٧) كلمة يسقط بين الأقواس بدل : [يستحق] المثبتة في النسخ .

(٨) كلمة يسقط بدل [لا يستقر] المثبتة في النسخ .

(٩) في (ص) : [ذكر ثم] ، مكان : [ذكرتم] .

(١٠) في (م) : [بعود] ، مكان : [ونفوذ] . (١١) لفظ : [دين] ساقط من (ع) .

١٣٦٣٣ - احتجوا : بأنه حق يبطل وثيقة المرتهن عن غير الرهن مع بقائه ، فلا يصح أن ينفرد (عتق) [١] الراهن ، كالبيع .

١٣٦٣٤ - الجواب أن قولهم : مع بقائه ، احتراز عن الاستهلاك ، والعتق استهلاك في المعنى ، وليس يصح العتق مع بقاء الرهن عندنا ، لأن عقد الرهن إنما يصح في الرق ، والعتق يتلفه ، فالوصف غير مسلم .

١٣٦٣٥ - وقولهم : - فلا يملك الانفراد - احتراز من بيعه بالجناية ، وهذا الاحتراز لا يصح ، لأنه ينفرد بالبيع الذي يبطل الوثيقة ، وإن كان لا يملك ذلك إلا بعد تقدم مطالبة وأن الجناية تبطل إذا رهن نصف عبده ثم أعتق النصف الآخر ، فإن الوثيقة تبطل من عين الرهن وينفرد به الراهن .

١٣٦٣٦ - ثم المعنى في البيع : أن تعذر التسليم يمنع من انعقاد حق المرتهن لمنع التسليم ، وليس كذلك العتق [٢] ، لأن تعذر التسليم لا يمنع من وقوعه ، بدلالة : أن [٣] في العبد الآبق والمغصوب وحق المرتهن يمتنع التسليم .

١٣٦٣٧ - ولأن البيع عندنا ينعقد في الرهن ، بدلالة : أن المرتهن لو أجازه جاز ، ولو قضى الراهن الدين لم يحتج في (إمضاء البيع إلى إذنه) [٤] ، وكذلك العتق يقع ، فقد تساويا في الوقوع إلا أن البيع يلحقه الفسخ فيفسخ [٥] لحق المرتهن ، والعتق لا يمكن فسخه بعد وقوعه ، فلذلك نفذ [٦] ولم ينفسخ .

١٣٦٣٨ - قالوا : قول يزول [الملك به ، ، فوجب أن يزول] [٧] ملك الراهن عنه بلزوم الرهن / كالبيع . ١٥٨/أ

١٣٦٣٩ - قلنا : يبطل [٨] ببيع العبد بالجناية ، وتسليم (الراهن بدل) [٩] الجناية بها .

١٣٦٤٠ - ولأن الملك في البيع لا يجوز أن يزول بقول البائع ، وإنما يزول بنفوذ حكمه حكمًا ؛ ألا ترى : أنه يوجد [١٠] البيع ولا يزول ، ويوجد الإيجاب والقبول

---

(١) كلمة [عين] بدل [بيع] في النسخ. (٢) في (م) ، (ع) : [المعتق] .
(٣) لفظ : [أن] ساقط من (م) ، (ع) .
(٤) ما بين القوسين بدل [في نص كالبيع إلى استيفائه عقد] كما في النسخ ، وهو تصحيف واضح .
(٥) في (م) ، (ع) : [ينفسخ] ، مكان : [فيفسخ] .
(٦) في (م) ، (ع) : [فكذلك تعذر] . (٧) ما بين المعكوفتين : ساقط من (م) ، (ع) .
(٨) في (م) : [تبطل] . (٩) ما بين القوسين بدل [الركاب] في النسخ .
(١٠) في (م) ، (ع) : [يوجب] ، مكان : [يوجد] ، وكذا في هامش (ص) من نسخة أخرى .

ولا يزول [(١)] بشرط الخيار ، ويطلق البيع في الآبق فلا يزول [(٢)] ، ولا يزول ملكه لعدم نفوذ حكمه ، فلم نسلم الوصف . ثم يبطل ما قالوه إذا رهن نصف عبده ثم أعتق النصف الآخر .

١٣٦٤١ - فإن قالوا : لم يزل الملك بقوله .

١٣٦٤٢ - قلنا : وكذلك الملك في البيع لا يزول بقوله على ما بينا ، وإنما يزول بمقتضى ذلك القول حكمًا .

١٣٦٤٣ - ولأن الحكم غير مسلم في الأصل ؛ لأن ملك الراهن لم يزل عن البيع ، بدلالة : أن وكيله وهو العدل يتبع وكالته ، وإنما تعلق بالمبيع حق بيع من نفوذ معين تعلق الحكم بذلك الإنسان ، فلا يمنع من نفوذ عتقه [إذا كان من أهل العتق .

١٣٦٤٤ - ولأن المعنى في البيع : أن تعلق حق البائع بالبيع لا يمنع من نفوذ العتق فيه] ، كذلك [(٣)] تعلق حق المرتهن لا يمنع من نفوذه .

١٣٦٤٥ - قالوا : معنى يبطل حق الوثيقة من عين الراهن ، فوجب أن يزول ملك [(٤)] الراهن عنه بلزوم الرهن ، كالبيع .

١٣٦٤٦ - قلنا : يبطل بأكل الرهن إذا كان طعامًا .

١٣٦٤٧ - فإن قالوا : لا يملك الأكل .

١٣٦٤٨ - قلنا : بموجب العلة ؛ لأنه زال ملكه عن العتق عندنا ، لأنه ممنوع منه بالشرع ، إلا أنه يقع بإيقاعه ؛ لأنه مالك الرقبة صحيح القول ، ويبطل بالقتل للرهن ، وأما الراهن فله [(٥)] اختيار القصاص ، وكذلك إذا جنى فباعه في الجناية .

١٣٦٤٩ - فإن قيل : هذه المعاني حادثة بعد الرهن ، ونحن قلنا بموجبها ، وزوال ملك الراهن عنه بلزوم الرهن [(٦)] يقتضي ملكًا [(٧)] كان قبل الرهن .

---

(١) في (م) ، (ع) : [فلا يزول] .

(٢) قوله : [فلا يزول] ساقط من (م) ، (ع) .

(٣) ما بين المعكوفتين : ساقط من صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش ، وفي (م) ، (ع) : [عتقه] ، مكان : [العتق فيه] ، وفي (ص) : [لذلك] ، مكان : [كذلك] .

(٤) لفظ : [ملك] ساقط من صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش .

(٥) في (م) ، (ع) : [له] بدون الفاء . (٦) لفظ : [الرهن] ساقط من (م) ، (ع) .

(٧) في (ع) : [ملكًا له] بزيادة : [له] .

١٣٦٥٠ - قلنا : الراهن [١] قبل الرهن مالك لاختيار القصاص إذا قتل [٢] وليه ، وإن كان القتل لم يوجد ولم يزل [٣] ملكه عن هذا الاختيار قبل لزوم الرهن ، ألا ترى : أنه مالك قبل الرهن لاختيار البيع إذا وجد القتل .

١٣٦٥١ - والمعنى في البيع : أنه يجوز أن يوجد [ولا يقع به الملك لحق [٤] البائع إذا شرط الخيار ، كذلك يجوز أن يوجد] [٥] غير موجبِ الملكَ لحق المرتهن .

١٣٦٥٢ - وأما العتاق فلا يجوز أن يوجد من المالك الذي هو من أهل العتاق ، ولا يقع لحقه . ألا ترى : أنه لو شرط الخيار بطل خياره ووقع العتق ، كذلك لا يجوز أن يمتنع وقوعه لحق المرتهن .

١٣٦٥٣ - قالوا : إنه محبوس لحق يتعلق به ، فوجب أن لا ينفذ العتق فيه [٦] بغير إذن من له الحق ، كما لو كان العبد تركة وقد تعلق الدين بها .

١٣٦٥٤ - قلنا : يبطل إذا رهن نصف عبده ثم أعتق النصف الآخر ، فهذا العتق في النصف المحبوس [٧] بغير إذن صاحب الحق ، ويبطل بالمبيع في يد البائع .

١٣٦٥٥ - ولأن الوارث يستفيد الملك من جهة الميت ، والعبد محبوس بحق على من استفاد الملك فيه ، فيمنع عتق من خلفه في الملك ، كما لو باع الراهن فأعتق المشتري ، وفي مسألتنا : محبوس بحق على مالكه ، فصار كالبيع .

١٣٦٥٦ - قالوا [٨] : كل من لزمته قيمته بإتلافه لم ينفذ عتقه ، كالواهب ، وعكسه : العارية ، والوديعة ، والمستأجر .

١٣٦٥٧ - قلنا : يبطل بالعبد الموصَى بخدمته إذا أعتقه مالكه نفذ [٩] عتقه وضمن ، وكذلك العبد المدبر .

١٣٦٥٨ - ولأن الراهن لا يضمن القيمة في الحقيقة ، وإنما [١٠] يقال له : [إذا لم

---

(١) لفظ : [الراهن] ساقط من (م) ، (ع) . (٢) في (م) ، (ع) : [قبل] .
(٣) في (م) : [ولم يزول] . (٤) في (م) ، (ع) : [بحق] .
(٥) ما بين المعكوفتين : ساقط من صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش .
(٦) في (م) ، (ع) : [به] ، مكان : [فيه] .
(٧) لفظ : [المحبوس] ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش .
(٨) في (م) ، (ع) : [قلنا] ، مكان : [قالوا] .
(٩) في (م) ، (ع) : [فقد] ، مكان : [نفذ] .
(١٠) في (م) ، (ع) : [وإذا] ، مكان : [وإنما] .

تقض الدين معجلًا فأقم] [١] مقام الرهن في الوثيقة غيره ، والقيمة التي يدفعها على ملكه ، بدلالة : أنه إذا قضى الدين أخذها [٢] .

١٣٦٥٩ - ولأن وجوب الضمان عليه بإتلاف ملكه لا يمنع من نفوذ عتقه ؛ ألا ترى : أنه يجب عليه الضمان بإتلاف ملك شريكه وبإتلاف حمل الجارية الموصي بحملها ، ولا يمنع ذلك من سراية عتقه فيه ، فوجب الضمان عليه بإتلاف ملكه لو أنه لا ينفرد عتقه فيه .

١٣٦٦٠ - فإن قيل : عتق الشريك إنما ينفذ في ملك نفسه ، ثم يسري إلى نصيب الشريك ، ولو ابتدأ عتق نصيب شريكه [٣] لم يقع .

١٣٦٦١ - قلنا : وفي مسألتنا : حق المرتهن متعلق بحبس [٤] الملك ، فالراهن يوقع العتق في ملكه ، فيسقط بذلك ما تعلق للمرتهن من الحبس فتساويا .

١٣٦٦٢ - قالوا : حق المرتهن تعلق بمحلين ، بذمة الراهن ، وبعين الرهن ، فإذا لم يكن [٥] الراهنَ نقلُ حقه في أحد المحلين إلا برضاه ، كذلك إذا أراد أن ينقله من المحل الآخر .

١٣٦٦٣ - قلنا : الراهن عندنا لا يملك نقل الحق [٦] ، لكنه إذا أتلفه بالعتق انتقل حقه حكمًا ، كما أن المشتري لا يملك نقل الحق من ذمته ، ولو أعتق العبد نفذ عتقه ، وكذلك الشريك في العبد لو نقل حق شريكه من عين العبد لم يصح النقل ، ولو أعتق نصيبه انتقل إلى نصيب شريكه من طريق الحكم .

١٣٦٦٤ - قالوا : إذا رهن فقد منع نفسه من التصرف ، فصار [٧] كالمحجور .

١٣٦٦٥ - قلنا : المحجور عندنا إذا كان صحيح القول لم يمنع حجره من نفوذ عتقه ، وإنما يمنع الحجرُ بالصغر والجنون من نفوذ [العتق لعدم صحة القول ، وقول الراهن في مسألتنا صحيح ، بدلالة : أنه عقد جائز في عبد من عبيده .

---

(١) في (م) ، (ع) : [إذا لم تقضي الدين معجلًا ، فأقيم] ، مكان المثبت .

(٢) في (م) ، (ع) : [أحدهما] . (٣) في (م) ، (ع) : [الشريك] .

(٤) في (م) ، (ع) : [بجنس] .

(٥) في (م) ، (ع) : [وتعين الرهن فإذا لم يكن] ، مكان المثبت .

(٦) في (م) ، (ع) : [نقل الحق من ذمته] ، بزيادة : [من ذمته] .

(٧) في (م) ، (ع) : [معناه] ، مكان : [فصار] .

١٣٦٦٦ - قالوا : العتق والرهن] [١] يتنافيان ، ولابد من تقديم [٢] أحدهما ؛

١٣٦٦٧ - فكان تقديم حق المرتهن أولى ؛ لأن حقه أسبق ، ولأنه يثبت [٣] بتراضيهما .

١٣٦٦٨ - قلنا : حق البائع مقدم على العتق ، ولا يمنع من نفوذ عتق المشتري ، وملك الشريك ينافي العتق ، وهو متقدم عليه ، ولا يمنع سراية عتق الشريك إليه وتلفه به .

١٣٦٦٩ - احتجوا للقول الآخر : بأنه عبد متعلق برقبته دين لا يجوز أن يسقطه ، فوجب أن لا ينفذ فيه عتق المعسر [٤] بغير إذن من له الدين ، أصله : العبد المأذون [٥] إذا أعتقه مولاه ، وعلى المأذون دين .

١٣٦٧٠ - الجواب : أن المولى يستفيد المِلْكَ من جهة عبده ، بدلالة : أن المالك إذا أوجب على العبد فقبله ورده المولى انتقل إليه ، ولم يؤثر رد المولى ، ولو رده العبد وقبله [٦] المولى لم ينتقل إليه ، ثم تعلق حق العبد باكتسابه يمنع عتق المولى إذا كان العبد مكاتبًا ، فتعلق حق من تقدم حقه [٧] على حق العبد وهم الغرماء أولى أن يمنع عتقهم .

١٣٦٧١ - ثم قولهم : « فوجب أن لا ينفذ عتق العبد فيه » إن أرادوا المالك المعسر لم نسلمه في العبد المأذون [٨] ، لأن المولى لا يملكه عند أبي حنيفة ، وإن أرادوا غير المالك فالاعتبار لا معنى لذكره ، لأن عتقه لا ينفذ موسرًا كان أو معسرًا .

١٣٦٧٢ - قالوا : إسقاط حق الغير عن العين [٩] بالعتق ، فوجب أن يختلف بالإعسار واليسار ، كالعبد بين [١٠] شريكين أعتق أحدهما نصيبه .

١٣٦٧٣ - قلنا : لا نسلم أنه يختلف اليسار والإعسار [١١] في نفوذ العتق ؛ لأن

---

(١) ما بين المعكوفتين : ساقط من (م) ، (ع) ، وفي (ص) : [العقود الرهن] ، وفي (ص) : [العقود والرهن] والصواب ما أثبتناه .

(٢) في (م) ، (ع) : [تقدم] .

(٣) في (ع) : [أثبت] ، مكان : [أسبق] ، وفي (م) ، (ع) : [ثبت] ، مكان : [يثبت] .

(٤) لفظ : [المعسر] ساقط من (م) ، (ع) .

(٥) في جميع النسخ : [عبد المأذون] بالإضافة ، لعل الصواب ما أثبتناه .

(٦) في (ع) : [وقبله] ، وفي غيرها : [وقتله] .

(٧) في (م) ، (ع) : [مقدمه حق] .

(٨) في (م) : [لم نسلمين] ، وفي (ع) : [لم نسلم] ، مكان : [لم نسلمه] ، وفي (ص) : [من] ، مكان : [في] ، وهو ساقط من (م) ، وفي جميع النسخ : [عبد المأذون] .

(٩) في (م) ، (ع) : [حق العين عين العبد] .

(١٠) في (م) : [بالاعتبار واليسار كالعبد في] ، مكان المثبت .

(١١) في (م) : [والاعتبار] .

نصيب الشريك يعتق عندنا في الحالتين ، وإنما يختلف الضمان ، لأن المعتق الموسر يثبت لشريكه الخيار بين [١] تضمينه وتضمين العبد ، فإذا كان معسرًا ثبت [٢] له تضمين العبد ، كذلك في مسألتنا لا يختلف الوقوع باليسار والإعسار [٣] ، وإنما يختلف الضمان .

١٣٦٧٤ - فإن كان الراهن موسرًا ضمن ، وإن كان معسرًا ضمن العبد ، فلا فرق بينهما .

١٣٦٧٥ - قالوا : أجمعنا أن حق المرتهن لا يسقط إلا بقيمة الرهن لتكون القيمة رهنًا ، وهذا لا يحصل إذا كان الراهن معسرًا ، ولا يصح استسعاء العبد في قيمته ، لأن الراهن لم يستسعه ، وسبب الجناية [٤] من جهته ، لا العبد الذي لم يكن من جهته سبب (فالراهن أولى بالعناية) ؛ لأن كسب [الحر] [٥] أكثر ، وسببه أوسع .

١٣٦٧٦ - قلنا : أما دعوى الإجماع - على أن حق المرتهن لا يسقط إلا بالقيمة - فغلط ، لأن عندنا العتق إتلاف ، فيجب فيه القيمة ، سواء أمكن الوصول إليها أو لم يمكن [٦] ، كسائر المتلفات .

١٣٦٧٧ - وأما قولهم : - « إن المولى أولى بالسعاية [٧] » - ، فعندنا الدين [٨] واجب على المولى ، وهو مطالب [٩] به ، واكتسابه مأخوذ [١٠] به ، وكذلك العبد ، وكما يؤخذ اكتساب المعتَقِ ، كذلك الراهن .

١٣٦٧٨ - وقولهم : - « إن الحر أقدر [١١] على الكسب » - ، فالمعْتَق عندنا حر ، فقدرة كل واحد منهما على الكسب كقدرة الآخر ، والحق يؤخذ من كسبهما جميعًا ، وإنما ظن مخالفنا أنا نقول : إنه يستسعى كما [١٢] في حكم المكاتب ، وذلك إنما نقوله [١٣] فيمن يسعى في بدل رقه .

* * *

---

(١) في (ص) : [من] .
(٢) في (م) ، (ع) : [فإن كان معسرًا يثبت] .
(٣) في (م) : [والاعتبار] .
(٤) في (م) ، (ع) : [إذا لم يتبع الجناية] ، مكان المثبت .
(٥) ما بين القوسين زيادة اقتضاها السياق ، وما بين المعكوفتين [الحر] في (م) ، (ع) .
(٦) في (ص) : [ولم يكن] .
(٧) في (م) ، (ع) : [من السعاية] .
(٨) لفظ : [الدين] ساقط من (م) ، (ع) .
(٩) في (م) ، (ع) : [يطالب] .
(١٠) في (ص) ، (م) : [مأخوذة] .
(١١) في (م) ، (ع) : [الحر اقر] .
(١٢) في (م) ، (ع) : [إن] ، مكان : [أنا] ولفظ : [كما] ساقط منهما .
(١٣) في (م) : [بقوله] ، مكان : [نقوله] .



مسألة ٦٨٤

وطء المرهونة

١٣٦٧٩ - قال [أصحابنا] : إذا وطئ المرهونة ولم يدَّع شبهة ، لم يجب عليه الحد في إحدى [1] الروايتين ، ويلزمه الحد في الرواية الأخرى [2] .

١٣٦٨٠ - وبه قال الشافعي [3] .

١٣٦٨١ - لنا : أنها محبوسة بعقد لاستيفاء ماله [4] ؛ فلا يلزم من له الحبس - الحد [5] في وطئها ، كالبائع إذا وطئها في مدة الخيار .

١٣٦٨٢ - ولأنه لو وطئها وهو يظن أنها زوجته لم يجب الحد ، كذلك إذا علم أنها أجنبية ، كالأب إذا وطأ جارية ابنه .

١٣٦٨٣ - احتجوا : بأنه ليس له شبهة في العقد ، ولا شبهة في الموطوءة ، ولا شبهة في الفعل ، فوجب عليه الحد .

١٣٦٨٤ - قلنا : لسنا نسلم أنه ليس فيها شبهة ؛ بدلالة : أنها محبوسة في يده بحق ، ويسقط بهلاكها الدين ، فتثبت به [6] المنفعة من هذا الوجه .

١٣٦٨٥ - قالوا : محبوسة بدين ، فصارت كجارية الميت إذا وطئها الغريم [7]

---

(١) في (م) ، (ع) : [أحد] .

(٢) راجع المسألة في : روضة القضاة « كتاب الرهن » (٤١٩/١) ، مسألة (٢٣٤٥) .

(٣) راجع المسألة في : الأم « كتاب الرهن الكبير » ، في « ما يكون إخراجًا للراهن من يدي المرتهن » (١٤٥/٣) ، مختصر المزني « باب الرهن » ص ٩٤ ، حلية العلماء « باب اختلاف المتراهنين » (٤٧٨/٤، ٤٧٩) ، نهاية المحتاج « كتاب الرهن » (١٨٤/٤) ، المدونة « كتاب الرهن » ، في « المقارض يشتري بجميع مال القراض عبدًا » (١٧١/٤) ، التفريع « فصل (١٠٢٤) : في المرتهن يطأ الأمة المرهونة عنده» (٢٦١/٢) ، الكافي لابن عبد البر « باب جامع الرهون » (٨٢٠/٢) ، شرح الزرقاني « باب الرهن » (٢٥١/٥) ، المغني «فصل: ولا يحل للمرتهن وطء الجارية المرهونة (٤٠٦/٤) ، الإنصاف الباب السابق (١٨٧/٥) .

(٤) في (م) ، (ع) : [مال] بدون الهاء .

(٥) في (م) : [الجنس] ، مكان : [الحبس] ، ولفظ : [الحد] ساقط من (م) ، (ع) .

(٦) لفظ : [به] ساقط من (م) ، (ع) . (٧) في (م) : [القديم] .

١٣٦٨٦ - قلنا : هناك لم يثبت له حق الحبس [1] في رقبتها ، ولا يسقط دينه بتلفها ، فلم يكن له شبهة فيها .

* * *

(١) في (م) : [الجنس] .

مسألة ٦٨٥

وطء المرتهن الجارية بإذن الراهن

١٣٦٨٧ - قال أصحابنا - رحمهم الله - : إذا أذن الراهن للمرتهن في وطء الجارية فوطئها ، فله المهر / [1] . ١٥٨/ب

١٣٦٨٨ - وقال الشافعي رحمه الله : إذا ادَّعى الجهالة [2] سقط الحد ، وفي المهر قولان [3] .

١٣٦٨٩ - لنا : قوله ﷺ : « لها مهر مثلها بما استحل من فرجها » [4] .

١٣٦٩٠ - فأوجب مهر المثل في الوطء بالنكاح الفاسد ، وكان المعنى سقوط الحد بالوطء ، وهذا المعنى موجود في مسألتنا .

١٣٦٩١ - ولأنه وطء في ملك الغير يتعلق به ثبوت النسب ، فتعلق به المهر ، كما لو وطئ بنكاح فاسد [5] إذا ظنها امرأته .

١٣٦٩٢ - ولأن إذن المالك في سبب الوطء لا يسقط المهر عن الواطئ [6] ، كالنكاح الفاسد .

١٣٦٩٣ - احتجوا : بقوله ﷺ : « لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب نفس منه » [7] .

١٣٦٩٤ - والجواب : أن المهر يثبت في الذمة ، ولا يحل ماله إلا برضاه أو بحكم

---

(١) راجع المسألة في : حاشية ابن عابدين « كتاب الرهن » (٣٢٠/٥) .

(٢) في (م) ، (ع) : [الجهالة له] ، بزيادة : [له] .

(٣) راجع المسألة في : الأم (١٥٤/٣) ، مختصر المزني ص٩٤ ، حلية العلماء (٤٧٩/٤) ، نهاية المحتاج « كتاب الرهن » (٢٨٥/٤ ، ٢٨٦) ، المدونة (١٧٢/٤) ، الكافي لابن عبد البر (٨٢٠/٢) ، التفريع (٢٦١/٢) ، شرح الزرقاني (٢٥١/٥ ، ٢٥٢) ، المغني (٤٠٧/٤) ، الإنصاف (١٨٧/٥) .

(٤) لم نقف على هذا الحديث بهذا اللفظ بعد . وقد أخرجه عبد الرزاق بلفظ : « قال : تزوجت امرأة بكرًا ، فدخلت عليها فإذا هي حبلى ، فقال النبي ﷺ : لها الصداق بما استحل من فرجها ، والولد عبد لك ، فإذا ولدت فاجلدها » ، في المصنف « باب ما رُدّ من النكاح » (٢٤٩/٦ ، ٢٥٠) ، الحديث (١٠٧٠٤) .

(٥) لفظ : [فاسد] ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش .

(٦) في (م) ، (ع) : [الوطء] .

(٧) أخرجه الدارقطني في السنن « كتاب البيوع » (٢٥/٣ ، ٢٦) ، الحديث (٨٧ ، ٨٩ ، ٩٠ - ٩٣) ، والبيهقي في الكبرى « كتاب الغصب » ، « باب لا يملك أحد بالجناية شيئًا » ، و « باب من غصب لوحًا فأدخله في سفينة » (٩٧/٦ ، ١٠٠) .

الحاكم ، فإذا حكم الحاكم فهو حلال بالاتفاق .

١٣٦٩٥ – فإن قيل : فإذا وجد من جنس حقه حل له [1] أخذه عندكم بغير طيب نفس منه .

١٣٦٩٦ – قلنا : مهر المثل يجب من الدراهم أو الدنانير ، والخيار إلى الواطئ [2] ، ولا يجوز لصاحب الحق أخذ أحدهما إلا برضا من عليه .

١٣٦٩٧ – قالوا : أتلف ملك غيره بإذن مجرد من ملكه ، وإباحة مجردة من ملكه [3] ، فلم يجب عليه ضمانه ، كما لو استخدمها ، أو قطع يدها ، أو قتلها [4] بإذن مالكها .

١٣٦٩٨ – قلنا : الأسباب التي يتعلق بها المهر لا يختلف فيها [5] إذن المالك وعدم إذنه ، كما لو أذن في الوطء بالنكاح الفاسد والصحيح .

١٣٦٩٩ – فإن قيل : هناك يجب المهر بالعقد ، فلم يجب بمجرد إذنه [6] .

١٣٧٠٠ – قلنا : وههنا يجب بالشبهة ، بل يجب بمجرد الإذن .

١٣٧٠١ – وأما الإذن في استيفاء المنفعة وفي الإتلاف : فلأن البدل يثبت بحق المالك برضاه بالاستيفاء من غير ذكر بدل يسقط البدل ، والوطء يتعلق به المهر لحق الله تعالى ، وحق المالك بالإذن في الاستيفاء لا يسقطه .

* * *

---

(١) في (م) ، (ع) : [لنا] .

(٢) لفظ : [إلى] ساقط من (م) ، وفي (ع) : [للواطئ] ، مكان : [إلى الواطئ] .

(٣) في (ص) ، (م) : [مالكه] .

(٤) في (م) ، (ع) : [أو قبلها] .

(٥) في (ع) : [لا تختلف] ، وفي جميع النسخ : [فيه] ، مكان : [فيها] ، والصواب ما أثبتناه .

(٦) في (ص) : [مجرد إذن] ، وفي (م) ، (ع) : [يجب مجرد إذنه] ، والسياق يقتضي ما أثبتناه .

مسألة ٦٨٦

حكم ولد الجارية التي وطئها المرتهن

١٣٧٠٢ - قال أصحابنا : إذا أذن الراهن للمرتهن في وطء الجارية فوطئها فالولد مملوك [(١)] .

١٣٧٠٣ - وقال الشافعي : الولد [(٢)] حر .

١٣٧٠٤ - واختلف أصحابه ، فمنهم من قال : تجب [(٣)] قيمته قولًا واحدًا ، وفي المهر : قولان ، ومنهم من قال : في قيمة الولد قولان ، كالمهر [(٤)] .

١٣٧٠٥ - لنا : أنه وطء في مملوكة أجنبي مع العلم بحالها ، فصار كوطء الزوجة الأمة ، وكما لو وطأها بغير إذنه .

١٣٧٠٦ - ولأن كل جارية لو وطئها بنكاح كان الولد مملوكًا فإذا وطئها بغير نكاح كان مملوكًا . أصله : غير المرهونة ، وعكسه : جارية الابن .

١٣٧٠٧ - ولأن شبهة الإباحة لا تكون أقوى من [(٥)] نفس الإباحة ، فإذا كان لو تزوجها رق الولد فشبهة الإباحة أولى .

١٣٧٠٨ - احتجوا : بأنه وطئها وبشبهة يقتضي حرية الولد ، فوجب أن يكون [(٦)] الولد حرًا ، أصله : المغرور .

١٣٧٠٩ - قالوا : والدليل على أن شبهته تقتضي حرية [(٧)] الولد : أنه ظن أنها حلال بغير نكاح ، وهذه صفة مملوكته .

١٣٧١٠ - قلنا : هذا غلط ، بل شبهته أنه ظن أن الإباحة كالعقد أو كالجمعة ،

---

(١) راجع المسألة في : روضة القضاة [كتاب الرهن] (٤٢٠/١) ، مسألة (٢٣٤٦ - ٢٣٤٨) .

(٢) لفظ : [الولد] ساقط من (ع) . (٣) في (م) : [يجب] .

(٤) راجع تفصيل المسألة في : الأم (١٤٦/٣) ، مختصر المزني ص ٩٤ ، حلية العلماء (٤٧٩/٤) ، نهاية المحتاج (٢٨٦/٤) المدونة (١٧١/٤ ، ١٧٢) ، الكافي لابن عبد البر (٨٢٠/٢) ، شرح الزرقاني (٢٥٢/٥) ، المغني (٤٠٦/٤ ، ٤٠٧) الإنصاف (١٨٧/٥) .

(٥) لفظ : [من] ساقط من صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش .

(٦) في (م) ، (ع) : [يقتضي حرمة الولد ، فوجب أن لا يكون] ، مكان المثبت .

(٧) في (م) ، (ع) : [حرمة] ، مكان : [حرية] .

وهذه الشبهة لا تفيد حرية [1] الولد .

١٣٧١١ - فأما المغرور : فإنما حُكِم بحرية ولده ، لأن الولد يتبع أباه [2] إلا أن يلتزم رقه ، كوطء مملوكة غيره ، فإذا وطئها على أنها حرة لم يلتزم [3] رق الولد ، فبقي على حكم الأصل ، وفي مسألتنا : وطئها مع العلم برقها ، فصار ملتزمًا لرق الولد ، فلذلك حكم برقه .

١٣٧١٢ - ولأن الغرور لو وجد في النكاح كان الولد حرًا ، كذلك في غيره ، والشبهة لو وجدت في النكاح كان الولد عبدًا ، كذلك في غيره .

* * *

(١) في (م) ، (ع) : [حرمة] ، مكان : [حرية] .

(٢) قوله : [أباه] ساقط من (ع) .

(٣) قوله : [فإذا وطأها] ساقط من (ع) ، وفيها : [لم يلزم] ، مكان : [لم يلتزم] .

مسألة ٦٨٧

حكم بيع الرهن بإذن المرتهن

١٣٧١٣ - قال أصحابنا : إذا أذن المرتهن في بيع الرهن قبل حلول دينه فباعه الراهن ، فقيمته رهن مكانه [١] .

١٣٧١٤ - وقال الشافعي : بطل حقه في الرهن ، والثمن للراهن [٢] .

١٣٧١٥ - لنا : أنه بدل عن الرهن ، فوجب أن يكون رهنًا مكانه ، كما لو أتلفه أجنبي فغرم قيمته .

١٣٧١٦ - ولأنه عين الرهن ، فكان رهنًا ، كما لو [كان] بدين [٣] حال .

١٣٧١٧ - ولأن الثمن معنى يتعلق به حق المرتهن إذا كان المهر حالًا ، فيتعلق به إذا كان مؤجلًا ، كالقيمة .

١٣٧١٨ - احتجوا : بأن البيع معنى إزالة ملك الراهن عن عين الرهن [٤] بإذن المرتهن لا لقضاء دينه ، فوجب أن يبطل حق المرتهن من الوثيقة ، كما لو أذن له في عتقه فأعتقه .

١٣٧١٩ - وربما قالوا : معنى يسقط وثيقة المرتهن عن غير الرهن ثم يستحقه المرتهن [٥] .

---

(١) راجع المسألة في : روضة القضاة « كتاب الرهن » (٤٢٠/١) ، مسألة (٢٣٤٩ ، ٢٣٥٠) ، تحفة الفقهاء ، في « حكم الرهن » (٤٣/٣) ، بدائع الصنائع (١٤٩/٦) ، الهداية مع البناية « باب التصرف في الرهن والجناية » (٢١/١٢ ، ٢٢) ، العناية مع تكملة فتح القدير « باب التصرف في الرهن والجناية عليه » (١٧٩/١٠) ، مجمع الأنهر (٥٧٨/٢) .

(٢) راجع المسألة في : الأم ، (١٤٥/٣) ، مختصر المزني ص ٩٤ ، المهذب مع تكملة المجموع الثانية « كتاب الرهن » (٢٤٠/١٣) ، حلية العلماء « باب ما يدخل في الرهن وما لا يدخل إلخ » (٤٤٦/٤) ، نهاية المحتاج (٢٦٩/٤) ، المدونة ، في « بيع الراهن الرهن إلخ » (١٥٣/٤) ، شرح الزرقاني (٢٤٣/٥) ، المغني ، فصل « إذن المرتهن للراهن إلخ » (٤٤٦/٤) ، الإنصاف (١٥٨/٥) ، الكافي ، فصل : « وكل ما منع الراهن منه إلخ » (١٤٥/٢) .

(٣) لفظ : [كما] ساقط من (م) ، (ع) ، والزيادة : أثبتناها لمقتضى السياق ، وفي (م) : [تدين] ، مكان : [بدين] .

(٤) في (م) ، (ع) : [عن غير الراهن] .

(٥) في جميع النسخ : [عن غير الرهن ثم يستحقه المرتهن] ، لعل صوابه : [عن عين الرهن ثم لا يستحقه المرتهن] .

١٣٧٢٠ - الجواب : أن هذا يبطل إذا باعه بعد حلول الدين ، واحترازهم الأول : لا يُعْتَنى له [(١)] ، لأنه قد يأذن قبل حلول الدين ليقضي دينه من الثمن إذا حل ، وقد تتفق الرغبة في البيع في زمان دون زمان [(٢)] ، فهو يأذن في تعجيل البيع وإن لم يستحق الدين ليقضيه منه إذا حل .

١٣٧٢١ - والاحتراز الثاني : لا نسلمه ، لأن الدين إذا حل استحق القضاء ، فإذا امتنع من القضاء استحق البيع عندهم ، وأجبر عليه عندنا ، والمعنى فيه : أنه إذا أذن في العتق أنه رضي بمعنى سقط [(٣)] الحق من غير بدل ، فلم يثبت هناك عوض ينتقل الإمساك إليه ، وفي مسألتنا : أذن في نقل [(٤)] الحق من العين إلى بدل ، فلم يسقط ذلك حقه أصلًا .

١٣٧٢٢ - يبين الفرق بينهما : أنه لو أذن في العتق والإتلاف بعد حلول الدين سقط حقه ، كذلك قبله . ولو أذن في البيع بعد حلول الدين لم يسقط حقه ، كذلك قبله .

* * *

(١) في (ع) ، (ن) : [لا معنى له] .
(٢) في (ص) : [دون مان] وهو من سهو الناسخ .
(٣) في جميع النسخ : [أنه رضي بمعنى سقط] ، لعل تصويبه : [فإنه رضي بمعنى : يسقط] .
(٤) في (م) ، (ع) : [أذن بنقل] .

مسألة ٦٨٨

الإذن في بيع الرهن قبل حلول الدين على أن يكون ثمنه رهنًا

١٣٧٢٣ - قال أصحابنا : إذا أذن له في بيع الرهن قبل محل الدين على أن يكون ثمنه رهنًا صح البيع [١] .

١٣٧٢٤ - وهو قول الشافعي في الصرف . وقال في الأم : البيع فاسد إذا صدق المشتري البائع ، أن المرتهن أذن له بهذا الشرط ، وإن كذبه فالبيع صحيح [٢] .

لنا : أن الثمن يكون رهنًا [٣] عندنا وإن لم يشترط على ما قدمنا [٤] ، فقد شرط مقتضى البيع ، فلا يفسده .

ولأنه أذن في البيع بشرط أن يكون الثمن رهنًا ؛ فوجب أن يصح البيع بهذا الإذن ، كما لو كان الدين حالًا .

١٣٧٢٥ - ولأن [٥] كل إذن لا يمنع صحة البيع إذا كان الدين حالًا لا يمنع . وإن كان الدين [٦] مؤجلًا ، كما لو كان الدين حالًا .

١٣٧٢٦ - ولأن كل إذن سابق للبيع لا يفسد البيع ، كسائر الشروط الفاسدة [٧] ، وكما لو أنكره المبتاع .

١٣٧٢٧ - احتجوا : بأنه بيع رهن مجهول ، لأن ثمن العبد لا يعرف قدره ، وليس كذلك الإذن بعد الحلول ، لأن الثمن يكون رهنًا بغير شرط .

١٣٧٢٨ - الجواب : أن عندنا قبل الحلول يكون رهنًا بغير شرط ، فلا فرق بينهما .

---

(١) راجع المسألة في : روضة القضاة « كتاب الرهن » (٤٢٠/١) ، مسألة (٢٣٤٩ - ٢٣٥١) .

(٢) راجع تفصيل المسألة في : الأم « كتاب الرهن الكبير » ، في « ما يكون إخراجًا للرهن من يدي المرتهن » (١٤٥/٣) ، المهذب مع تكملة المجموع الثانية « كتاب الرهن » (٢٤٠/١٣) ، حلية العلماء (٤٤٦/٤) ، نهاية المحتاج « كتاب الرهن » (٢٧٠/٤) ، الكافي لابن قدامة (١٤٥/٢) ، المغني (٤٤٦/٤) ، الإنصاف (١٥٦/٥ ، ١٥٧) .

(٣) لفظ : [الرهن] مكرر في (ع) .

(٤) في (م) ، (ع) : [ما قدمناه] ، بزيادة الهاء .

(٥) في (م) : [ولا] مكان : [ولأن] .

(٦) لفظ : [الدين] ساقط من (م) ، (ع) .

(٧) في (م) ، (ع) : [فلا يفسد البيع كسائر الشرط الفساد] ، مكان المثبت .

ولو سلمنا ما قالوا لم ينفع ، لأنه شرط في غير عقد البيع ، وإنما هو شرط في أحكام الرهن ، وعقد البيع لم يوجد فيه شرط ، ولا يجوز أن يفسد بشرط لم يوجد في عقده .

* * *

مسألة ٦٨٩

إذن المرتهن في بيع الرهن على أن يعجل له الدين من ثمنه

١٣٧٢٩ - قال [أصحابنا] (١) : وإذا أذن المرتهن في بيع الرهن على أن يعجل له الدين من ثمنه ، جاز البيع (٢) .

١٣٧٣٠ - وقال الشافعي : لا يصح البيع (٣) .

١٣٧٣١ - لنا : أنه شرط سابق للبيع ، فلا يَفْسُد ، كما لو أذن أن يبيعه من فلان .

ولأنه (٤) أذن له في البيع بشرط التعجل ، فصار كما لو أجل الدين الحال ثم أذن في بيع الرهن بشرط التعجيل ؛ لأن إذنه في البيع إسقاط ، فإذا شرط لنفسه في مقابلته منفعة فلم تسلم ، (جاز الشرط ، و) (٥)صح الإسقاط ، كالعتق .

١٣٧٣٢ - احتجوا : بأنه (٦) أذن في البيع بشرط أن تسلم له منفعة ، هي التعجيل ، فإذا لم تسلم له لم يستحق عليه (٧) إسقاط حقه في العين ، كما لو قال : أبيعك داري بألف على أن تبيعني عبدك بمائة ، لم يستحق أحد الأمرين فلم يستحق الآخر .

١٣٧٣٣ - الجواب : أن بيع الرهن لا يجوز بإذن المرتهن ، وإنما يعمل إذنه (٨) في إسقاط حقه (٩) ، فيبيع الراهن بحكم الملك ، فيصح وإن خالف الشرط ، كما لو قال : بعه من فلان .

---

(١) ما بين المعكوفتين : ساقط من سائر النسخ ، أثبتناه تمشيًا مع منهج المصنف .

(٢) راجع المسألة في : روضة القضاة « كتاب الرهن » (٤٢٠/١) ، مسألة (٢٣٥٠ ، ٢٣٥١) .

(٣) قال المزني : البيع جائز ، والشرط فاسد . راجع المسألة في : الأم (١٤٥/٣) ، مختصر المزني ص٩٥ ، المهذب مع تكملة المجموع الثانية « فصل : وإن أذن له في العتق فأعتق إلخ » (٢٤٠/١٣) ، حلية العلماء (٤٤٧/٤) ، نهاية المحتاج « كتاب الرهن » (٢٦٩/٤) ، المدونة (١٥٣/٤) ، شرح الزرقاني مع حاشية البناني « كتاب الرهن » (٢٤٣/٥ ، ٢٥٠) ، الكافي لابن قدامة (١٤٥/٢) ، المغني (٤٤٦/٤) ، الإنصاف (١٥٧/٥ ، ١٥٨) .

(٤) في (ص) : [ولأن] بدون الهاء .

(٥) ما بين القوسين بدل ما في (م) ، (ع) : بلفظ : [فلم نسلم] ، وبدل ما في (ص) بلفظ : [فلم تسلم] .

(٦) في (ع) : [أن] بدون الباء .

(٧) لفظ : [عليه] ساقط من صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش .

(٨) في (م) ، (ع) : [بإذنه] بزيادة الباء .

(٩) لفظ : [حقه] ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش .

ولا يشبه هذا ما قالوه ؛ لأن هناك الشرط حصل في عقد البيع ، والشروط إذا حصلن في عقد البيع فسد إذا لم يكن من مقتضاه ، وليس هذا كالمالك إذا أذن في البيع بشرط ، لأن هناك يستفيد البيع فلا يجوز أن يبيع بخلاف شرط ، وههنا يبيع الراهن بحق الملك ، وإذن المرتهن يعمل في إسقاط حقه .

* * *

مسألة ٦٩٠

رهن العبد الجاني أو المرتد

١٣٧٣٤ - قال أصحابنا : إذا رهن العبد الجاني أو المرتد ، صح الرهن [١] .

١٣٧٣٥ - وقال الشافعي : رهن المرتد جائز .

١٣٧٣٦ - واختلفوا [٢] في قوله في الجاني ، فمن أصحابه من قال : في جناية العمد والخطأ قولان ، ومنهم من قال : في العمد قولٌ واحدٌ [٣] ، والخطأ على قولين [٤] .

١٣٧٣٧ - لنا : قوله تعالى : ﴿ فَرِهَٰنٌ مَّقْبُوضَةٌ ﴾ [٥] .

ولأن الجناية حق لا يسري إلى (الرقبة) [٦] ؛ فوجوده في العمد لا يمنع جواز الرهن، كالردة .

١٣٧٣٨ - ولأنا قد دللنا على أن بيع العبد الجاني جائز ، وكل عبد جاز بيعه جاز رهنه .

١٣٧٣٩ - ولأن من أصلنا : أن الجناية لا تستقر في الرقبة ، وأن المولى مخير فيها ، فإذا رهنه انتقلت الجناية من رقبته إلى ذمة المولى ، فكأنه رهن عبدًا لا جناية فيه ، أو كما لو [٧] رهنه بإذن وليِّ الجناية .

١٣٧٤٠ - احتجوا : بأن العبد الجاني كالمستحق ؛ بدلالة : أن المولى قبله ، فصار

---

(١) راجع المسألة في : روضة القضاة ، نفس المصدر السابق (٤٢٠/١) ، مسألة (٢٣٥٢ ، ٢٣٥٣) .

(٢) في (ع) : [واختلف] .

(٣) في (م) ، (ع) : [قولًا واحدًا] .

(٤) في سائر النسخ : [والعمد] ، مكان : [الخطأ] ، الصواب ما أثبتناه .

قال الشافعي في الأم : « ويجوز رهن العبد المرتد ، والقاتل ، والمصيب للحد ، لأن ذلك لا يزيل عنه الرق ، فإذا قتل فقد خرج من الرهن » . راجع المسألة في : الأم « كتاب الرهن الكبير » ، في « إباحة الرهن » ، وفي « العيب في الرهن » ، وفي « جماع ما يجوز أن يكون مرهونًا وما لا يجوز » (١٣٩/٣ ، ١٥٢ ، ١٥٨) ، مختصر المزني ص٩٥ ، المهذب مع تكملة المجموع الثانية « كتاب الرهن » ، « فصل : وفي رهن العبد الجاني قولان » (٢٠٧/١٣ ، ٢٠٨) ، نهاية المحتاج « كتاب الرهن » (٢٤٠/٤) ، الكافي لابن قدامة « باب ما يصح رهنه وما لا يصح » (١٣٦/٢) ، المغني « فصل : ويصح رهن المرتد والقاتل » (٣٧٥/٤) .

(٥) سورة البقرة : الآية ٢٨٣ .

(٦) ما بين القوسين بدل مما جاء بلفظ : [الولد] في النسخ كلها .

(٧) لفظ : [لو] ساقط من (م) ، (ع) .

كالعبد المغصوب .

١٣٧٤١ - قلنا : المغصوب صادف غير مالكه [بغير إذنه ، وفي مسألتنا : صادف الرهن مالكه ، ويده ثابتة عليه ، فجواز القتل بالقصاص كجوازه بالردة] [١] .

١٣٧٤٢ - احتجوا : في جناية الخطأ : أنه محبوس بحق متعلق به ، فلم ينفذ رهنه فيه ، أصله : الرهن .

١٣٧٤٣ - الجواب [٢] : أن العبد الجاني غير محبوس ، ولا يَدَ فيه لوليِّ الجناية .

١٣٧٤٤ - والمعنى في الرهن : أن الراهن لا يملك نقل الحق من عين [٣] الرهن إلى غيره ، فلم يملك إيجاب الحق فيه بالرهن ، والعبد الجاني يملك / نقل الحق من رقبته إلى ذمته ، فإذا رهنه فقد اختار النقل ، فكأنه فداه ثم رهنه . ١٥٩/أ

١٣٧٤٥ - قالوا : استدامة العقد أقوى من ابتدائه ، ثم طريان الجناية على عبد الرهن يوجب [٤] تقديم أرشها على حق المرتهن ، فقدمت على حقه ، فإذا تقدمت فهي من ضمان المالك ، فلم تؤثر في حق المرتهن .

١٣٧٤٦ - ولأنها إذا طرأت تعلقت برقبة العبد ولم يوجد من المالك ما يقتضي نقلها من الرقبة ، فإذا تقدمت فقد وجد من المالك [٥] الرهن بعدها وهو اختيار ، فينتقل به الحق عن الرقبة .

* * *

---

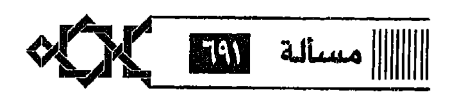
(١) ما بين المعكوفتين : ساقط من (م) ، (ع) .

(٢) في (م) ، (ع) : [والجواب] بالعطف .

(٣) في (م) ، (ع) : [غير] ، مكان : [عين] .

(٤) في (م) ، (ع) : [فوجب] .

(٥) لفظ : [المالك] ساقط من صلب (ص) ، واستدركه المصنف في الهامش .



الزيادة على ثمن الرهن الأول

١٣٧٤٧ - قال أبو حنيفة ، ومحمد [١] : إذا رهن عبدًا بمائة ، ثم زاده في الرهن مائة أخرى على أن يكون الرهن بهما لم يصر [٢] رهنًا بالزيادة [٣] .

١٣٧٤٨ - وهو قول الشافعي في الجديد .

١٣٧٤٩ - وقال أبو يوسف : تصح [٤] الزيادة ، ويصير العبد رهنًا بهما ، وهو قول الشافعي في القديم [٥] .

لنا : أن العبد رهن بالدين الأول ؛ فلم يجز أن يصير رهنًا بدين آخر مع بقاء الرهن الأول ، كما لو رهنه عند آخر .

---

(١) قوله : [ومحمد] ساقط من (ع) . (٢) في (ص) : [لم يصير] .

(٣) قال الطحاوي في مختصره : « والزيادة في الرهن جائزة لاحقة بالدين ، والزيادة في الدين كذلك في قول أبي يوسف ، وأما في قول أبي حنيفة ومحمد فلا يجوز ، ولا يكون الرهن رهنًا بها ، وبه نأخذ » . راجع المسألة في : الجامع الصغير « كتاب الرهن » ص ٤٨٩ ، ٤٩٠ ، مختصر الطحاوي « كتاب الرهن » ص ٩٤، متن القدوري « كتاب الرهن » ص٤٢ ، روضة القضاة ، في « الزيادة في الرهن والدين » (١/ ٤٢٠) ، مسألة (٢٣٥٤ - ٢٣٥٨) ، تحفة الفقهاء ، في « حكم الرهن » (٤٦/٣) ، كنز الدقائق « باب التصرف في الرهن إلخ » ص١٧٦ ، بدائع الصنائع ، الفصل السابق (١٣٩/٦) ، الهداية مع البناية « فصل من رهن عصيرًا » (٧٣/١٢) ، مجمع الأنهر « كتاب الرهن » (٥٨٦/٢) .

(٤) في (م) : [يصح] .

(٥) قال الشافعي في الأم : « ولو رهن رجل رجلًا عبدًا بمائة ثم زاده مائة وقال : اجعل لي الفضل عن المائة الأولى رهنًا بالمائة الآخرة ففعل ، كان العبد مرهونًا بالمائة الأولى ، ولا يكون مرهونًا بالمائة الأخرى » .راجع المسألة في : الأم « كتاب الرهن الكبير » ، في « الزيادة في الرهن والشرط فيه » ، وفي « الرهن الفاسد » (١٥٤/٣ ، ١٦١ ، ١٦٢) ، مختصر المزني ص٩٥ ، المهذب مع تكملة المجموع الثانية (٢٠٧/١٣)، حلية العلماء « باب ما يجوز رهنه وما لا يجوز » (٤٢٤/٤ ، ٤٢٥) ، كفاية الأخيار « فصل : وكل ما جاز بيعه جاز رهنه في الديون » (٢٦٥/١ ، ٢٦٦) ، المدونة « في ارتهان فضلة الرهن وازدياد الراهن على الرهن » (١٦١/٤) ، الكافي لابن عبد البر « باب جامع الرهون » (٨١٩/٢) ، المسائل الفقهية « كتاب الرهن ، والتفليس إلخ » ، في « القرض بشرط » (٣٧٢/١) ، مسألة (٥) ، الكافي لابن قدامة « فصل : ولا يصح رهن ما لا يجوز بيعه » (١٣٩/٢ ، ١٤٠) ، المغني « فصل : ولا يصح رهن ما لا يصح بيعه » (٣٨٤/٤ ، ٣٨٥) .

١٣٧٥٠ - فإن قيل : رهنه عند آخر يسقط حق المرتهن الأول عن بعض الرهن ، ورهنه عنده لا يؤدى إلى إسقاط حقه .

١٣٧٥١ - قلنا : بل يؤدي إلى إسقاط حقه عما أوجبه العقد الأول . لأن بعضه يصير وثيقة بالدين الأول بعد أن كان جميعه وثيقة بها .

يبين [1] ذلك : أن كل عقد منع من تجدد مثله على المعقود عليه إلى غير العاقد منع عن مثله مع العاقد ، كالنكاح ، والإجارة ، وما لا يمنع من (تجدد مثله على المعقود عليه إلى) [2] غير العاقد لا يمنع معه ، كالكفالة [3] .

١٣٧٥٢ - فإن قيل : هذا يبطل بالزيادة في الثمن ، فإنه يصح العقد فيها مع العاقد ، ولا يصح [4] مع غيره .

١٣٧٥٣ - قلنا : بل يصح من المشتري [5] ، ويصير متبرعًا بها ، وكأنها وجدت على هذه الصفة مع العقد .

ولأن الزيادة في الدين توجب تعيين الجنس الذي أوجبه قبض الرهن مع بقاء قبضه ، وهذا لا يصح ، كما لو رهنه عند غيره .

١٣٧٥٤ - ولا يلزم : إذا رده في الدين ؛ لأن الجنس الأول لا يتعين ؛ بدلالة : أن كل واحد من الرهنين محبوس بجميع الدين ، فالأول لم يتعين جنسه ، وإنما يتعين الضمان .

١٣٧٥٥ - فإن قيل : هذا يبطل إذا رهن عبدين قيمة كل واحد ألف بألف ، فقتل أحدهما الآخر صار القاتل رهنًا بسبع مائة وخمسين ، وقد كان رهنًا بخمسمائة .

١٣٧٥٦ - قلنا : كل واحد من العبدين كان محبوسًا بكل الألف ، فإذا انتقل إليه زيادة الدين فلم ينتقل إليه إلا ما كان محبوسًا به ابتداء .

ولأن الدين من الرهن لا يجوز أن يزيد حكمًا ؛ فلم يجز أن يزيد بزيادتهما ، ألا ترى : أن الرهن لما جاز أن ينفذ حكمًا بازدياد [6] المرهونة جاز الزيادة في الرهن

---

(١) في (ع) : [تبين] .
(٢) ما بين القوسين زيادة اقتضاها السياق .
(٣) قاعدة : « كل عقد منع من تجدد مثله على المعقود عليه لغير العاقد منع عن مثله مع العاقد ، كالنكاح والإجارة ، وما لا يمنع من تجدد مثله على المعقود عليه لغير العاقد لا يمنع منه كالكفالة » .
(٤) في (م) ، (ع) : [فلا يصح] .
(٥) في (م) ، (ع) : [من غير المشتري] ، بزيادة : [غير] .
(٦) في (م) ، (ع) : [بازياد] بغير نقط .

بعقدهما ، ولهذا جاز الزيادة في عوض البيع ، لأن كل واحد منهما يجوز أن يزيد حكمًا ، بأن يكون [(١)] جارية فتلد ، أو تسمن ، أو تتجاسر ، أو تتفرع عروقها [(٢)] .

١٣٧٥٧ - فإن قيل : الأجل لا يزيد حكمًا وتجوز [(٣)] الزيادة فيه بفعلهما .

١٣٧٥٨ - قلنا : قد يزيد حكمًا ؛ بدلالة : أنه لو باعه عبدًا بألف إلى شهر فلم يسلم العبد إليه حتى مضى شهر [(٤)] ، كان له شهر من [(٥)] يوم قبض العبد .

١٣٧٥٩ - فأما خيار الشرط فإنما جازت الزيادة فيه لأن الخيار يثبت في الأصل ابتداءً من طريق الحكم ، وهو خيار الرؤية والعيب ، فجاز أن تثبت الزيادة في الخيار الثابت في الشرع .

١٣٧٦٠ - فإن قيل : المانع المعقود عليه في الإجارة لا يزيد حكمًا ، ويزيد بالعقد .

١٣٧٦١ - قلنا : قد يزيد حكمًا إذا استأجر خادمًا فتعلمت الخبز والنسج .

١٣٧٦٢ - وهذه المسألة مبنية على : أن رهن المشاع [(٦)] لا يصح ، فلو ثبت زيادة الدين لم يلحق بعقده ، لأنها زيادة من غير المعقود عليه [ألا ترى : أن عقد الرهن لا يتناول الدين إنما يتناول عين [(٧)] الرهن ، والزيادة من غير المعقود عليه] لا تلحق [(٨)] العقد ، فلو ثبت صار بعض الرهن رهنًا بالدين الأول ، وبعضه بالزيادة ، لأنهما دينان مختلفان انفردا بالقيمة ، فكأنه قال : رهنت بعض هذا الرهن بالدين الذي من الجهة الفلانية ، وبعضه بالدين الذي من الجهة الأخرى ، وليس كذلك الزيادة في الرهن ، لأنها زيادة في المعقود عليه ، ملحقة [(٩)] بالعقد ، وصارت كالموجودة فيه ، فكأنه قال : رهنتهما [(١٠)] بهذه الألف [(١١)] .

---

(١) في (ع) : [بأن تكون] أي عوض البيع .

(٢) في (م) : [يجاسر] وفي (ص) ، (م) : كذلك بدون نقط ، وفي (م) ، (ع) : [تنفزع] ، مكان : [تتفرع] ، وفي جميع النسخ : [عروقه] ، لعل الصواب ما أثبتناه ، بأن الضمير عائد إلى الجارية .

(٣) في (م) : [ويجوز] . (٤) في (ص) : [شهرًا] .

(٥) في (م) ، (ع) : [شهرين] ، مكان : [شهر من] .

(٦) في (م) ، (ع) : [المبتاع] . (٧) في (م) ، (ع) : [غير] .

(٨) ما بين المعكوفتين : ساقط من (ص) ، واستدركه المصنف في الهامش ، وفي (م) ، (ع) : [لا يلحق] .

(٩) في (م) ، (ع) : [فلحقه] .

(١٠) لفظ : [قال] ساقط من (م) ، (ع) ، وفي جميع النسخ : [رهنهما] ، مكان : [رهنتهما] ، لعل الصواب ما أثبتناه .

(١١) أي ألف درهم ، فالتأنيث لمعنى الدرهم ، لا لمعنى الألف ، وهذا جائز عند بعض أئمة اللغة . راجع : مختار الصحاح ، مادة : [ألف] ص٢١ ، المصباح المنير (٢١/١) .

١٣٧٦٣ - والدليل على أن الدين غير معقود عليه أن عقد الرهن إن كان ثابتًا فله ، والمال إذا تناوله العقد ثبت به ، كالثمن في البيع ، لأنهما لو تفاسخا الرهن لم يبطل الدين ، ولو كان معقودًا عليه سقط بفسخ العقد ، كالثمن .

ولأن الراهن والمرتهن لو التقيا في بلد والرهن في بلد آخر فطالبه [بالدين ، وجب تسليمه ، ولم يجز أن يحبسه حتى يحضر الرهن . ولو كان معقودًا عليه لم يجب تسليمه حتى يحضر ما في مقابلته ، كالبيع إذا التقيا في بلد فطالبه] [1] بالثمن ، لم يلزمه تسليمه حتى يحضر المبيع .

١٣٧٦٤ - فإن قيل : لو اشترى بالدين الذي في الذمة ثوبًا فثبوت الدين سابق لهذا العقد ، وهو معقود عليه ، ولو تفاسخا المبيع لم يسقط الدين .

١٣٧٦٥ - قلنا : البيع عندنا لا يقع [2] على الدين ، وإنما يقع على ثمن في الذمة يصير قبضًا في الدين ، كما وقع عليه العقد ، لا لسبق ثبوته ، ولا يبقى مع فسخ العقد .

١٣٧٦٦ - فإن قيل : الأجل والخيار كل واحد منهما ليس بمعقود عليه في البيع ، ويجوز إلحاق [3] الزيادة فيهما .

١٣٧٦٧ - قلنا : كل واحد منهما شرط لتعيين مقتضى المعقود عليه ، فصار من هذا الوجه في حكمه ، فجاز إلحاق الزيادة به ، لأن كل دين لا يصير الرهن به رهنًا عند المرتهن ، أصله : إذا قال : أقرضني مائة ، فقد جعلت هذا الرهن رهنًا بها مع الدين الأول .

١٣٧٦٨ - احتجوا : بأنها وثيقة محضة ، فجاز أن يزاد في دينها كالضمان ، والشهادة .

١٣٧٦٩ - واحترزوا بقولهم : « محضة » عن المبيع في يد البائع ، لأن المقصود هناك ليس هو الوثيقة فحَسْبُ [4] ، بل المقصود العوض عن البيع .

١٣٧٧٠ - وهذا ليس باحتراز ، لأن وجوب الثمن عوض عن البيع ، فأمَّا حبس المبيع به ومنع المبتاع [5] منه ، فهو وثيقة محضة ، ولهذا لم يثبت له [6] التفريق ، والثمن

---

(١) ما بين المعكوفتين : ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش .

(٢) في باقي النسخ [لايقع عندنا] .

(٣) لفظ : [إلحاق] ساقط من (م) ، (ع) .

(٤) في باقي النسخ : [حيث] ، تصويبه : [المحضة] ، أو سقطة ما وقعت هنا .

(٥) في (م) ، (ع) : [فأما جنس المبيع به ومبيع المبتاع] ، مكان المثبت .

(٦) لفظ : [له] ساقط من (م) ، (ع) .

المؤجل لم يثبت له الحبس [١] .

١٣٧٧١ - ولأن الدين في الكفالة معقود عليه [٢] ، بدلالة : أنه يتجدد وجوبه في الذمة ، فجازت الزيادة فيه ، وقد بينا أن الدين غير الرهن ليس بمعقود عليه ، فلم تجز [٣] الزيادة فيه .

ولأن المعقود عليه في الكفالة عين [٤] المعقود عليه في الذمة ، بدلالة : أن الذمة متسعة ، فالزيادة في حكم عقد مبتدأ ، لأنها لا تتناول ما تناوله [٥] العقد الأول ، وفي مسألتنا : الزيادة تتعلق [٦] بما تعلق به العقد الأول ، فلهذا وصفت بأنها زيادة .

١٣٧٧٢ - ولأن الكفالة بدين آخر لما جاز أن تتعلق بالذمة لغير المكفول له جاز إن تثبت [٧] للمكفول له ، فلما لم يجز أن يثبت [٨] [الرهن بالرهن الأول عند غير المرتهن ، كذلك لا يثبت عنده ، كالمبيع لما لم يجز أن يعقد] [٩] عليه مع عتق المشتري لم يجز أن يعقد مثل العقد مع المشتري .

١٣٧٧٣ - ولا يلزم على هذه : الزيادة في المبيع ، لأنها إن كانت في الثمن فيجوز من المشتري والأجنبي ، وإن كانت في المبيع فيجوز أن يملكها من المشتري على وجه الزيادة ، ومن أجنبي على وجه ابتداء البيع .

١٣٧٧٤ - فأما الشهادة : فمتى زاد في الدين المشهود به فهو شهادة مبتدأة ضمت إلى الشهادة الأولى ، فوزانه [١٠] في مسألتنا : أن يضم إلى الرهن [١١] رهنًا آخر بدين مستقل ؛ ألا ترى : أن التوثق بالشهادة الثانية لا يتناول ما تتناوله الوثيقة الأولى ، إذ كل واحد منهما ينعقد ، وجاءت الزيادة منهما ولحقت [١٢] بالعقد ، والدين قد بينا أنه غير معقود عليه ، [والرهن معقود عليه ، فجازت الزيادة في المعقود عليه ، ولم تجز فيما ليس

---

(١) في (م) ، (ع) : [الجنس] . (٢) في (م) ، (ع) : [مقصود عليه] .
(٣) في (ص) ، (ع) : [عفي] ، مكان : [غير] ، وفي (م) : [فلم يجز] ، مكان : [فلم تجز] .
(٤) في (ص) ، (م) : [عن] ، مكان : [عين] .
(٥) في (م) ، (ع) : [لا يتناول ما يناوله] . (٦) في (م) : [يتعلق] .
(٧) في (م) ، (ع) : [أن يتعلق بالذمة لغير الكفول له جاز إن ثبت] ، مكان المثبت .
(٨) في (م) ، (ع) : [أن ثبت] .
(٩) ما بين المعكوفتين : ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش .
(١٠) في (ع) : [فوزان] بدون الهاء . (١١) في (م) ، (ع) : [الراهن] .
(١٢) في (م) : [وتحقت] .

بمعقود عليه] (١) ولا هو مشروط فيه .

ولأن زيادة الرهن تؤدي إلى إشاعة الدين ، لأن بعض الدين يكون بهذا الرهن ، وبعضه بهذا ، وإشاعة الدين ابتداءً لا تمنع (٢) جواز الرهن ، بدلالة : أنه [لو] (٣) قال : رهنتك بنصف دينك هذا (٤) وبنصفه هذا ، جاز .

١٣٧٧٥ - قلنا : الزيادة في الدين (٥) تؤدي إلى إشاعة الرهن ، وذلك لا يجوز في الابتداء ، كذلك في الثاني .

١٣٧٧٦ - قالوا : لو (٦) جنى عبدُ الرهنِ جناية لم يمنع (٧) تقدم الرهن من ثبوتها (٨) ، كذلك لا يمنع من تعلق دين آخر به .

١٣٧٧٧ - قلنا : حق الجناية لما جاز أن يتعلق [بالمرهون يستوي أن يثبت للمرتهن أو لغيره ، ولما لم يجز أن يتعلق] (٩) بالرهن دين لغير المرتهن على وجه الرهن ، كذلك لا يتعلق به دين للمرتهن .

١٣٧٧٨ - قالوا : ليس يمتنع أن تجوز الزيادة في الدين ، ويصير الرهن رهنًا بها مع عدم الأصل للمرتهن ، ولا يجوز لغيره ، كما أن من استأجر دارًا سنة جاز أن يستأجرها سنة أخرى ، ولا يجوز لغيره أن يستأجرها .

١٣٧٧٩ - قلنا : لا نسلم ذلك ، لأن عندنا يجوز أن يؤاجرها مدة مستقبلة من المستأجر ومن غيره ، وإنما كان كذلك لأن المدة المعقود عليها غير المدة التي تناولها العقد الأول ، فلا يتنافيان .

* * *

(١) ما بين المعكوفتين : ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش .

(٢) في (م) : [لا يمنع] .

(٣) الزيادة أثبتناها لمقتضى السياق .

(٤) في جميع النسخ : [نصف دينك] بدون الباء ، الصواب ما أثبتناه ، وفي (ع) : [بهذا] ، بزيادة الباء .

(٥) في (ع) : [الرهن] ، مكان : [الدين] .

(٦) لفظ : [لو] ساقط من (م) ، (ع) .

(٧) في (ع) : [لم تمنع] .

(٨) في (م) ، (ع) : [سوبها] .

(٩) ما بين المعكوفتين : ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش .



إقرار الراهن بما يبطل حق المرتهن

١٣٧٨٠ – قال أصحابنا : إذا أقر الراهن [١] أن العبد المرهون كان جني [٢] قبل رهنه وصدقه وليّ الجناية ، أو أقر أنه كان غصبه من فلان ، أو باعه من فلان وكذبه المرتهن وصدقه المقر له ، لم يقبل إقراره [٣] .

١٣٧٨١ – وهو أحد قولي الشافعي ، وقال في القول الآخر : يقبل إقراره .

١٣٧٨٢ – قالوا : وهل يستحلف ؟ فيه قولان ، أحدهما : أنه لا يمين عليه ، رواه المزني [٤] ، والثاني : يحلف .

١٣٧٨٣ – قالوا : نص عليه إذا أقر الراهن أنه غصبه [٥] .

لنا : أنه عقد يمنع البيع ، فيمنع الإقرار بالجناية ، كالبيع ، والكتابة ، وعكسه : النكاح .

١٣٧٨٤ – ولأنه معنى يسقط به حق المرتهن مع بقاء الرهن بكماله ، فلا يملكه الراهن ، كالبيع .

١٣٧٨٥ – احتجوا : بأنه أقر في ملكه لغيره [٦] بما لا يجرُّ إلى نفسه نفعا ، فوجب أن يقبل إقراره ، كما إذا أقر أنه كان أعتقه .

١٣٧٨٦ – قلنا : لا نسلم أنه لم يجرّ إلى نفسه بهذا الإقرار / نفعًا ؛ بدلالة : أنه ١٥٩/ب

---

(١) في (م) ، (ع) : [الرهن] . (٢) في (م) ، (ع) : [جنيًا] .

(٣) راجع المسألة في : روضة القضاة ، في [إقرار الراهن بجناية العبد المرهون] (٤٢٠/١) ، مسألة (٢٣٥٩، ٢٣٦٠)

(٤) قوله : [رواه المزني] ساقط من (ع) .

(٥) راجع تفصيل المسألة في : الأم في « جماع ما يجوز أن يكون مرهونًا وما لا يجوز » (١٥٧/٣) ، مختصر المزني ص٩٥ ، المهذب مع تكملة المجموع الثانية (٢٦٣/١٣) ، حلية العلماء « باب اختلاف المتراهنين » (٤٧٤/٤) ، نهاية المحتاج « فصل في الاختلاف في الرهن » (٣٠١/٤) ، المدونة ، في « فيمن رهن رهنًا فأقر الراهن أنه جنى جناية إلخ » (١٧٤/٤) ، شرح الزرقاني (٢٥٧/٥) ، الكافي « فصل : إذا أقر الراهن أن العبد كان جنى قبل رهنه » (١٥٤/٢) ، الإنصاف (١٧١/٥ ، ١٧٢) .

(٦) في (ع) : [إلى غيره] ، مكان : [لغيره] .

يواطئ المَقَرَّ له بالبيع ، فإذا فُكَّ الرهن وسلمه إليه يرده .

١٣٧٨٧ - وقولهم : - « أقر في ملكه » - لا معنى له ، لأن تعلق حق الغير بملكه إذا منعه من ابتداء التصرف منعه من الإقرار بالتصرف (١) .

١٣٧٨٨ - ثم الأصل غير مسلم ، لأنه إذا أقر أنه كان أعتقه لم يقبل إقراره ، وإنما يعتق في الحال ، ولهذا يضمن قيمته ، فيكون (٢) رهنًا مكانه ، ولو صدقناه في العتق لم يلزمه ضمان .

١٣٧٨٩ - قالوا : الراهن محجور عليه ، فيجوز إقراره فيه (٣) ، كالمريض (٤) .

١٣٧٩٠ - قلنا : المريض يجوز تصرفه فيه ، فجاز إقراره بالتصرف الذي يملك أن يبتدئه ، والراهن لا يملك التصرف ، فلا يملك إقراره به ، فيبطل هذه العلة بالمحجور عليه لسفه .

١٣٧٩١ - قالوا : الإقرار أقوى من البينة ، وههنا إقرار في إبطال حق المرتهن ، وهو لا يملك ذلك ، فالبينة في حق الغير أولى من الإقرار .

١٣٧٩٢ - قالوا : لو أجره عبده ثم أقر عليه بجناية ، قبل إقراره .

١٣٧٩٣ - قلنا : لا نسلم ذلك ، فلا فرق بين الإجارة والرهن .

* * *

---

(١) في (م) ، (ع) : [ابتداء الصرف منفعة من الإقرار بالصرف] مكان المثبت .

(٢) في (م) : [بكون] ، وفي (ع) : [بكونه] .

(٣) في (م) ، (ع) : [منه] ، مكان : [فيه] .

(٤) قاعدة : « الراهن محجور عليه فيجوز إقراره فيه كالمريض » .



مسألة ٦٩٣

حكم ما إذا علق عتقه بصفة ثم رهنه

١٣٧٩٤ - قال أصحابنا : إذا علق عتق عبده بصفة ثم رهنه ، جاز الرهن ، فإن دبره ثم رهنه ، لم يصح [١] .

١٣٧٩٥ - وقال الشافعي : إن علق عتقه بصفة ثم رهنه بحق يحل قبل العتق ، مثل أن يقول : أنت حر إن قدم زيد ، ثم رهنه بحق يحل إلى سنة ، فهو على قولين ، أحدهما : يصح الرهن ، والثاني : أن الرهن باطل .

١٣٧٩٦ - وأما المدبر إذا رهنه ، فمن أصحابه من قال : فيها قولان ، أحدهما : لا يصح الرهن ، والثاني : صحيح ، ويبطل التدبير .

ومنهم من قال : الرهن باطل قولًا واحدًا ، ومنهم من قال : يصح الرهن ، والمدبر بحاله قولًا واحدًا [٢]

لنا : أن العتق بصفة عبد [٣] يجوز بيعه ، فجاز رهنه ، أصله : إذا علق عتقه بصفة فوجدت [٤] بعد حلول الدين .

ولأن ما جاز رهنه بالدين الحالّ جاز بالدين المؤجل وإن بَعُد الأجل ، كالعبد الذي لم يحلف بعتقه .

١٣٧٩٧ - ولأنه عقد يقصد به الاستيفاء ، فجاز في العبد المعلق عتقه بدخول الدار ، كالإجارة .

١٣٧٩٨ - احتجوا : بأنه معتق بصفة ؛ فجاز تقدمها على محل الدين ، فلا يجوز

---

(١) راجع المسألة في : روضة القضاة (٤٢٠/١ ، ٤٢١) ، مسألة (٢٣٦٣ ، ٢٣٦٤) ، حاشية ابن عابدين « كتاب الرهن » ، « باب ما يجوز ارتهانه وما لا يجوز » (٣٢٦/٥) .

(٢) راجع تفصيل المسألة في : مختصر المزني ص٩٦ ، المهذب مع تكملة المجموع الثانية (٢٠٠/١٣) ، حلية العلماء « باب ما يجوز رهنه وما لا يجوز » (٤١٨/٤) ، المدونة « فيمن رهن جارية فأعتقها أو دبرها ، أو كاتبها » (١٦٩/٤) ، الكافي « باب ما يصح رهنه وما لا يصح » (١٣٦/٢ ، ١٣٧) ، المغني « فصل : ويصح رهن المدبر » و « فصل : وأما من علق عتقه إلخ » (٣٧٥/٤ ، ٣٧٧) .

(٣) لفظ : [عبد] ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش .

(٤) في (م) ، (ع) : [عتقه بعتقه يوجد] .

رهنه ، كالتدبير .

١٣٧٩٩ - قلنا : المعنى في التدبير : أنه يثبت له حرية استحق [1] بها اسمًا مطلقًا ؛ فمنع ذلك من رهنه ، كأم الولد ، والمكاتب ، وليس كذلك في مسألتنا ، لأن حق حريته لم يوجب لها اسمًا مطلقًا ، فصار كما لو علق عتقه بصفة ، فوجدت بعد [2] حلول الدين .

* * *

(١) في (م) ، (ع) : [ثبت له حرية] ، وفي (ص) ، (م) : [أحق] ، مكان : [استحق] .

(٢) في (م) ، (ع) : [سد] .



مسألة ٦٩٤

إذا رهن عصيرًا فصار خمرًا

١٣٨٠٠ - قال أصحابنا : إذا رهن عصيرًا فصار خمرًا ، لم يبطل الرهن هنا (١) ، فإن استحالت خلًّا فالمرتهن أحق بها (٢) .

١٣٨٠١ - وقال الشافعي : زال ملك الراهن عنها ، ويبطل الرهن ، فإذا صار خلاً عاد ملكه وعاد الرهن (٣) .

١٣٨٠٢ - لنا : أنه معنى إذا حدث في العين المغصوبة لم يقطع حقَّ مالكها عنها ، فلا يزول الملك ، كالحموضة (٤) .

ولأنها إذا تخللت كانت رهنًا من غير تجديد عقد ، فلم يحكم (٥) ببطلان عقد الرهن ، أصله : إذا تغير إلى شدة (٦) لا يسكر كثيرها .

١٣٨٠٣ - ولأن الرهن قد صح فيها (٧) ؛ فلم يزل ملك الراهن عنها وإن استحالت (٨) إلى ما يقوم في الثاني ، كما لو حمضت .

---

(١) في (ع) : [هاهنا] ، وفي (ص) ، (م) [هنا] .

(٢) راجع المسألة في : الجامع الصغير « كتاب الرهن » ص٤٨٨ ، روضة القضاة ، في « تحول العصير المرهون خمرًا » (٤٢١/١) ، مسألة (٢٣٦٥ - ٢٣٦٧) ، الهداية مع البناية « فصل في رهن العصير وتخمره » (٦٧/١٢ ، ٦٨) ، الهداية مع تكملة فتح القدير (١٩٦/١٠) ، كنز الدقائق « باب التصرف في الرهن إلخ » ص ١٧٥ ، ١٧٦ .

(٣) قال الشافعي في مختصر المزني : « فإن حال العصير إلي أن يسكر فالرهن مفسوخ ، لأنه صار حرامًا لا يحل بيعه » . راجع المسألة في : الأم « جماع ما يجوز أن يكون مرهونًا وما لا يجوز » (١٥٩/٣) ، مختصر المزني ص ٩٦، المهذب مع تكملة المجموع الثانية « فصل : فإن كان المرهون عصيرًا » (٢٤٦/١٣ - ٢٤٨) ، حلية العلماء « باب ما يدخل في الرهن وما لا يدخل » (٤٥٥/٤) ، المدونة « فيمن ارتهن عصيرًا فصار خمرًا » (٤/ ١٧١) ، شرح الزرقاني (٢٣٧/٥) ، جواهر الإكليل « باب الرهن » (٧٨/٢) ، الكافي « فصل : ويصح رهن ما يسرع إليه الفساد » (١٣٧/٢) ، المغني « فصل : ويجوز رهن العصير » (٣٧٨/٤ ، ٣٧٩) .

(٤) في (م) ، (ع) : [كالمحضة] .

(٥) في (م) ، (ع) : [لم يبطل] ، مكان : [فلم يحكم] .

(٦) في (م) ، (ع) : [سده] ، بدون نقط .

(٧) في (م) ، (ع) : [منها] .

(٨) في (م) ، (ع) : [استحال] .

١٣٨٠٤ - احتجوا : بأن الرهن إنما يتعلق برقبة المال ، وهذا ليس بمال ، فلا يبقى رهنًا ، كما لو كان الرهن عبدًا فمات .

١٣٨٠٥ - قلنا : الرهن ابتداءً يتعلق بالمال ، فأما في حال البقاء فيجوز أن يتعلق بما لا يتعلق به ابتداءً ، كما لو استهلك الرهن فوجبت قيمته [1] في ذمة المتلف كانت رهنًا ، ولو رهن المدبر ابتداءً لم يصح [2] .

ولأن الخمر وإن لم تكن [3] مالًا فمعنى المال فيها موجود ينتظر بردها [4] إلى المالك ، فلهذا يكون الوارث أحق بها .

١٣٨٠٦ - قالوا : القصد من الرهن استيفاء الحق من ثمنه عند امتناع من عليه الحق من بدله ، وهذا لا يمكن فيه إذا صار خمرًا .

١٣٨٠٧ - قلنا : هذا والعين على حالها ، فيمكن التوصل [5] إلى ذلك التمليك ، ويوكل ذميًا ببيعها ، ويُقضى دينه من ثمنها ؛ فلم نسلم ما قالوه .

* * *

---

(١) في (م) ، (ع) : [بقيمته] .

(٢) قاعدة : يتعلق الرهن بالمال ابتداء ، فأما في حال البقاء فيجوز أن يتعلق بما لا يتعلق به ابتداء ، كما لو استهلك الرهن فوجبت قيمته في ذمة المتلف كانت رهنًا ، ولو رهن المدبر ابتداء لم يصح » .

(٣) في (م) ، (ع) : [لم يكن] .

(٤) في (م) : [تنظر مودها] ، وفي (ع) : [ننظر مؤدها] .

(٥) في (م) ، (ع) : [الموصل] .

مسألة ٦٩٥

اختلاف الراهن والمرتهن في صفة المرهون

١٣٨٠٨ – قال أصحابنا : إذا اختلف الراهن والمرتهن ، فقال الراهن [١] : رهنتك عصيرًا فصار خمرًا في يدك [٢] ، وقال المرتهن : رهنتني خمرًا فأقبضتني [٣] خمرًا ، فالقول قول المرتهن [٤] (وفي مذهب الشافعي قولان ، أحدهما أن القول قول الراهن ، والآخر أن القول قول المرتهن) [٥] والقولان منه إذا اتفقا على وقوع (القبض) [٦] على العصير واختلفا في وقت حدوث الشدة ، فأما إذا اختلفا في العقد فالرهن باطل .

١٣٨٠٩ – لنا : أنهما اختلفا في صفة [٧] ما قبضه من ملك عين ، فكان القول قول القابض .

١٣٨١٠ – ولا يلزم : إذا قال المشتري : قبضت المبيع معيبًا ، فقال البائع : صحيحًا ؛ لأنه قبضُ ملك لنفسه ، ولأنه حصل في يده بشيء [٨] لغيره ، فالقول قوله في صفته ، كالغصب .

١٣٨١١ – احتجوا : بأنهما اتفقا على وقوع القبض في العين واختلفا في وقت

---

(١) لفظ : [الراهن] ساقط من صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش .

(٢) لفظ : [يدك] ساقط من صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش .

(٣) في ص [فأقبضتني] وفي باقي النسخ [فأقبضني] .

(٤) راجع المسألة في : روضة القضاة [كتاب الرهن] ، [باب اختلاف الراهن والمرتهن] (٤٢٤/١) ، مسألة (٢٤٠٠)

(٥) سقط من جميع النسخ حكاية مذهب الشافعي ، وهو ما أثبتناه طبقًا لما يستفاد مما في الأم (١٥٩/٣) ، ونصه : « ولو اختلفا في العصير ، فقال الراهن : رهنتكه عصيرًا ، ثم عاد في يديك خمرًا ، وقال المرتهن : بل رهنتنيه خمرًا ، ففيها قولان ، أحدهما : أن القول قول الراهن ... والقول الثاني : أن القول قول المرتهن » ، القول الأول : هو الأصح في المذهب ، والثاني : اختيار المزني ، وهو مذهب الأحناف . راجع ذلك في مختصر المزني « باب الرهن » ص٩٦ ، المهذب مع المجموع « كتاب الرهن » (٢٥٩/١٣) ، حلية العلماء « باب اختلاف المتراهنين » (٤٦٦/٤ ، ٤٦٧) .

(٦) زيادة اقتضاها السياق .

(٧) في جميع النسخ : [فيما صفه] ، مكان : [في صفة] ، والصواب ما أثبتناه .

(٨) في (م) ، (ع) : [شيء] بدون الباء .

حدوث الشدة [١] فيها ، ومثلها يحدث بعد القبض وقبله ، فيجوز أن يكون [٢] القول قول الراهن ، لأن معه سلامة العقد ، فهو كما لو قال البائع : سلمت المبيع [٣] صحيحًا ، وقال المبتاع : قبضته معيبًا ، كان القول قول البائع .

١٣٨١٢ - قلنا : لا نسلم أنهما اتفقا على قبض الرهن ، لأن المرتهن يقول : لم أقبض الرهن ، والراهن ينكر قبض الرهن ، فالقول قول النافي للقبض ، ويفارق [٤] ذلك : البيع ، لأنهما اتفقا على وقوع القبض في المبيع ، ودخوله في ضمان المشتري ، وادعى المشتري ما يتوصل به إلى إسقاط الضمان بعد لزومه ، فلا يصدق فيه .

١٣٨١٣ - قالوا : إذا اتفقا في الرهن [ثم اختلفا في حدوث الشدة ، فحدوث الشدة في الرهن] [٥] مثل القبض ، فوجب الخيار في فسخ الرهن ، كما أن حدوث العيب بالمبيع أوجب [٦] الخيار في فسخ البيع .

فإذا اختلفا في وقت حدوثه فيجب أن يكون القول قول [٧] من ينفي خيار الفسخ في رهن المشتري الرهن ، كما لو اختلفا في حدوث العيب بالمبيع ، فالقول [٨] قول البائع .

١٣٨١٤ - قلنا : يبطل إذا شرط في البيع رهن عبد بعينه ، فقال المشتري : رهنتك عبدي وأقبضتك إياه فمات عندك ، فلا خيار لك في المبيع [٩] ، وقال البائع : مات في يدك قبل أن ترهنني [١٠] ، فالقول : قول البائع في تقدم الموت ، وإن كان المشتري ملك يثبت له الخيار في البيع .

ولأنا بينا أنهما إذا اختلفا في العيب بعد اتفاقهما على دخول المبيع في ضمان المشتري ، لم يصدق المشتري على إسقاط ذلك الضمان بعد لزومه ، وفي مسألتنا : أنكر

---

(١) في (م) : [النبذة] .

(٢) في (م) ، (ع) : [ومثلها لحدث قبض القبض وبعده فوجب أن يكون] مكان المثبت .

(٣) لفظ : [المبيع] ساقط من (م) ، (ع) . (٤) في (م) ، (ع) : [ومفارق] .

(٥) ما بين المعكوفتين : ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش .

(٦) في (م) ، (ع) : [بالبيع وجب] ، مكان : [بالمبيع أوجب] .

(٧) في جميع النسخ : [قوله] بالهاء ، والصواب ما أثبتناه .

(٨) في (م) ، (ع) : [بالبيع] ، مكان : [بالمبيع] وفي سائر النسخ : [القول] ، الأصوب بالفاء ، أي : [فالقول] مثبت بدل القول .

(٩) في جميع النسخ : [رهنه عندي وقبضه ، فمات عندك فلا خيار عندك .. إلخ] والصواب ما أثبتناه .

(١٠) في (ص) : [ترهني] وفي (م) ، (ع) : [يرهني] ، والصواب ما أثبتناه .

المرتهن القبض الذي يُلْزمه الراهن به فالقول قوله ، كما أن القول قول المشتري إذا قال : لم أقبض المبيع [1] .

* * *

(١) في (م) ، (ع) : [البيع] .

مسألة ٦٩٦

التخليل للخمر

١٣٨١٥ – قال أصحابنا : في جواز التخليل للخمر جائز ، وإذا خللها طهرت [١] .

١٣٨١٦ – وقال الشافعي : لا يجوز تخليلها ، فإن خللها لم تطهر [٢]

١٣٨١٧ – لنا في جواز التخليل : قوله تعالى : ﴿ وَمِن ثَمَرَٰتِ ٱلنَّخِيلِ وَٱلۡأَعۡنَٰبِ تَتَّخِذُونَ مِنۡهُ سَكَرٗا وَرِزۡقًا حَسَنًا ﴾ [٣] .

قال ابن عباس ﷺ : « الرزق الحسن الخل » [٤] ، ولم يفصِّل ، فدلت الآية على إباحة التخليل وإباحة خل الخمر بكل حال .

١٣٨١٨ – فإن قيل : إنما أباح اللّٰه تعالى الخلَّ المتخذ من الثمار ، وذلك مباح ، والخلاف في الخل المتخذ من الخمر تتخذ من الثمار [٥] ، لأنه يصير أولًا خمرًا فيعالج حتى [٦] يصير خلًّا .

---

(١) راجع المسألة في : كتاب الحجة ، في « كتاب الكراهية والاستحسان » ، « باب ما يكره من خل الخمر وما لا يكره » (٣/٨ – ١٤) ، مختصر الطحاوي « كتاب الأشربة وأحكامها » ص٢٧٩ ، روضة القضاة « كتاب الأشربة » ، « فصل : صيرورة الخمر خلًّا » (١٣٣٧/٤) ، مسألة (٨١١١) ، تحفة الفقهاء في آخر « كتاب الأشربة » (٣٢٩/٣) ، طريقة الخلاف في الفقه « كتاب الأشربة » ص٤٣٩ – ٤٤٤ ، مسألة (١٧٨) ، بدائع الصنائع « كتاب الأشربة » (١١٣/٥ ، ١١٤) ، متن القدوري « كتاب الأشربة » ص٩٨، كنز الدقائق « كتاب الأشربة » ص١٧١ ، الهداية مع البناية « كتاب الأشربة » (٤٥٤/١١ – ٤٥٩) ، الهدية مع تكملة فتح القدير ، وبذيله العناية « كتاب الأشربة » (١٠٦/١٠ ، ١٠٧) .

(٢) راجع تفصيل المسألة في : المهذب مع المجموع « كتاب الطهارة » ، « باب إزالة النجاسة » ، « فصل : ولا يطهر شيء من النجاسات بالاستحالة » (٥٧٤/٢ – ٥٧٩) ، حلية العلماء « كتاب الطهارة » ، « باب إزالة النجاسة » (٢٤٥/١) ، التنبيه « باب إزالة النجاسة » ص١٧ ، المدونة « كتاب الرهن » ، في « فيمن ارتهن عصيرًا فصار خمرًا ، وهل يجوز له أن يعالجه حتى يصير خلًّا » (١٧١/٤) ، الكافي لابن عبد البر « كتاب الأشربة » (٤٤٣/٢) ، المنتقى « كتاب الأشربة » في « جامع تحريم الخمر » (١٥٤/٣) ، المقدمات الممهدات « كتاب الأشربة » ، « فصل : فكل مسكرٍ مطرب » (٤٤٣/١) .

(٣) سورة النحل : الآية ٦٧ .

(٤) أخرجه البيهقي في الكبرى « كتاب الأشربة » ، « باب ما يحتج به من رخص في المسكر إذا لم يشرب منه ما يسكره » (٢٩٧/٨) .

(٥) قوله : [تتخذ من الثمار] ساقط من (ع) .

(٦) لفظ : [حتى] ساقط من صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش .

وفي حديث ميمونة ﵂ أن النبي ﷺ قال في جلد الميتة : « الدباغ يحللها كما تخلل الخمر فيحل » (١) ، وذكر الدارقطني « كما يحل الخل الخمر » (٢) .

١٣٨١٩ - قالوا : أجمعنا على ترك ظاهره ، لأن الخل لا يحلها ، وإنما تحل باستحالتها .

١٣٨٢٠ - قلنا : فإذا الخل حللها ، لأنها لما استحالت إليه حلت (٣) ، ولو استحالت إلى غيره لم تحل .

١٣٨٢١ - ولأنها عين لو تخللت فحلت ، فجاز أن يتخذ منها الخل ، كالعصير .

ولأن كل عين حكم بطهارتها إذا استحالت أبيح التوصل إلى استحالتها ، كالبيض .

١٣٨٢٢ - فإن قيل : من أصحابنا من قال : إن البيضة إذا استحالت فهي طاهرة تصرفًا (٤) .

١٣٨٢٣ - قلنا : نحكم بطهارتها إذا استحالت (٥) ، وكونها طاهرة (٦) ، مثل ذلك لا يمنع هذا الوصف ، فالدليل على طهارتها إذا خللت : قوله ﷺ : « نعم الإدام الخل » (٧) .

---

(١) لم نعثر على حديث ميمونة ﵂ بهذا اللفظ بعد ، وقد ذكره الكاساني بنحو هذا اللفظ دون أن ينسب إلى أحد ، في بدائع الصنائع (١١٤/٥) .

(٢) لفظ : [الخل] ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش . وهذا جزء من حديث أم سلمة ﵂ أخرجه الدارقطني في السنن « كتاب الطهارة » ، « باب الدباغ » (٤٩/١) ، الحديث (٢٨) ، وفي « كتاب الأشربة » ، « باب اتخاذ الخل من الخمر » (٢٦٦/٤) ، الحديث (٦) ، والبيهقي نحوه في الكبرى « كتاب الرهن » ، « باب العصير المرهون يصير خمرًا » (٣٨/٦) .

(٣) في (م) ، (ع) : [حالت] وفي (ص) [حللت] .

(٤) في (م) ، (ع) : [لنا] ، مكان : [لأنا] المثبتة في (ص) .

(٥) في (م) : [إذا استحالت ركوبها : ، وفي (ع) : [إذا استحالت كونها] ، بزيادة : [ركوبها] ، و[كونها] .

(٦) في جميع النسخ : [طاهر] ، الصواب ما أثبتناه .

(٧) في (ع) : [الأدم] ، مكان : [الإدام] . وهذا الحديث : أخرجه مسلم في الصحيح « كتاب الأشربة » ، « باب فضيلة الخل ، والتأدم به » (١٦٢١/٣ ، ١٦٢٢) ، الحديث (١٦٤ ، ٢٠٥١/١٦٦ ، ٢٠٥٢) ، والترمذي في السنن « كتاب الأطعمة » ، « باب ما جاء في الخل » (٢٧٨/٤ ، ٢٧٩) ، الحديث (١٨٣٩ ، ١٨٤٠ ، ١٨٤٢) ، وابن ماجه في السنن « كتاب الأطعمة » ، « باب الائتدام بالخل » (١١٠٢/٢) ، الحديث (٣٣١٦ ، ٣٣١٧) ، وأبو داود في السنن « كتاب الأطعمة » ، « باب في الخل » (٣٥٣/٢) ، والنسائي في المجتبى « كتاب الأيمان » في « إذا حلف أن لا يأتدم فأكل خبزًا بخل » (٧/ ١٤) ، والحاكم في المستدرك « كتاب معرفة الصحابة » (٥٤/٤) .

١٣٨٢٤ - ولأنها عين محكوم [١] بطهاراتها استحالت بعينها ، فحكم بطهارتها إذا تسبب الآدمي إلى استحالتها ، كالبيض .

١٣٨٢٥ - ولأنها خمر صارت خلًّا ، فوجب أن تطهر ، كما لو استخالت بنفسها .

١٣٨٢٦ - ولأن الاستحالة لما طهرت هذه العين طهرتها وإن تسبب بإزالتها الآدمي ، كالدباغ .

١٣٨٢٧ - ولأنها خلٌّ لم يحصل فيها نجاسة من غيرها ، فجاز تناولها ، كسائر أنواع الخمر .

ولأن ما جاز تناوله إذا كان على حالة صار إليها وحرم ، فإذا خَفَّت حدة الشدة حلّ [٢] ، كعصير العنب ، وهذا دليل على أن نبيذ [٣] التمر والزبيب إذا تخلل جنسه .

١٣٨٢٨ - احتجوا : بما روى أنس عن أبي طلحة قال : « كانت عندي جربان لأيتام ، فابتعت به خمرًا قبل أن ينزل تحريم الخمر ، ثم حرمت ، فأخبرت بذلك رسول اللّه ﷺ ، فقال : أهرقها ، قلت : فأخللها ، قال : لا » [٤]

١٣٨٢٩ - قالوا : وفيه دليل من خمسة أوجه ، أحدها : أنه ﷺ أمر بإراقتها .

والثاني : أنه نهى عن تخليلها .

والثالث : أنها لو كانت تحل بالتخليل لكانت إضاعتها إضاعة المال ، وقد نهى النبي ﷺ عن إضاعة المال [٥] .

---

(١) في (م) ، (ع) : [محكومة] .

(٢) العبارة مضطربة في النسخ كلها ، فقد جاء فيها بدل ما بين القوسين [حلت فإذا تخللت] .

(٣) في (م) ، (ع) : [نبذ] .

(٤) أخرجه أحمد في المسند ، بلفظ : [أن أبا طلحة سأل النبي ﷺ عن أيتام ورثوا خمرًا ، فقال : أهرقها ، قال : أفلا نجعلها خلًّا ، قال : لا] (١١٩/٣) ، وأبو داود في السنن « كتاب الأشربة » ، « باب ما جاء في الخمر تخلل » (٣١٩/٢) ، والدارمي نحوه في السنن « كتاب الأشربة » ، « باب في النهي أن يجعل الخمر خلًّا » (١١٨/٢) ، والدار قطني في السنن « كتاب الأشربة » ، « باب اتخاذ الخل من الخمر » (٢٦٥/٤)، الحديث (٤) .

(٥) أخرجه البخاري في الصحيح ، في « الاستقراض » ، « باب ما ينهى عن إضاعة المال » (٥٩/٢) ، وفي « الرقاق » ، « باب ما يكره من قيل وقال » (١٢٥/٤) ، وفي « كتاب الاعتصام » ، « باب ما يكره من كثرة السؤال » (٢٥٩/٤) ، وأحمد في المسند (٢٥٠/٤ ، ٢٥١ ، ٢٥٤ ، ٢٥٥) ، والدارمي في السنن « كتاب الرقاق » ، « باب إن اللّه كره لكم قيل وقال » (٣١٠/٢ ، ٣١١) ، ومسلم في الصحيح « كتاب الأقضية » ، « باب النهي عن كثرة السؤال » (١٣٤٠/٣ ، ١٣٤١) ، =

والرابع : أنها لو كانت تحل [١] لوجب أن يعلم ذلك ، كما بين في شاة ميمونة .

والخامس : أنها كانت لأيتام / وقد أمر اللّه تعالى بإصلاح مالهم ، فكان يجب أن يأمر بتخليلها ليصلح مالهم . ١٦٠/أ

١٣٨٣٠ - الجواب [٢] : أن الأمر بالإراقة والنهي عن التخليل يحتمل لما قالوه ، واحتمل أن يكون لقرب العهد بالتحريم واعتياد الناس شربها ، فلم يأمن إذا بقيت إلى أن تتخلل أن تدعو النفس إليها ، فأراد أن يحسم المادة فيها ويمنع من تبقيتها ، وإن كانت لو بقيت فخللت صارت مالًا ، ومثل هذا غير ممتنع إذا كان فيه مصلحةٌ عامة ، كما أمر بقتل الكلاب لما دخل المدينة [٣] لإلفهم لها وإن كانت تقتنى [٤] للصيد والحفظ إلا أنه حسم المادة في ابتداء التحريم قطعًا للعادة ورفقًا لهم [٥] ، ثم بين إباحة الإمساك من بعد ، ولهذا [٦] روي : « أن عمر بن الخطاب ﷺ كان إذا رأى اللبن [في السوق] [٧] غير آسنٍ أهرقه » [٨] ، روى ذلك ابن شهاب ، عن سالم ، عن أبيه ، عن عمر .

١٣٨٣١ - ومعلوم أن إمساك ذلك ليس بمحرم ، وبيعه إذا بين عيبه [٩] جائز إلا أنه ﷺ أمر بإهراقه حسمًا لمادة الفساد ولمصلحة الناس .

يبين [١٠] ذلك : أنه لو أمسكها حتى تخللت جاز ، ثم لم يأمره بإمساكها إلى [أن] [١١] تصير خلًّا ، ولا معنى يميز ذلك إلا ما ذكرنا .

= الحديث (١٧١٥/١٠) ، (١٢ - ٥٩٣/١٤) .

(١) لفظ : [تحل] ساقط من (م) .

(٢) في (م) ، (ع) : [والجواب] بالعطف .

(٣) أخرجه مسلم بلفظ : [كان رسول اللّه ﷺ يأمر بقتل الكلاب ، فنبعث في المدينة وأطرافها ، فلا ندع كلبًا إلا قتلناه ، حتى إنا لنقتل كلب المُرَيَّة من أهل البادية يتبعها] ، في الصحيح [كتاب المساقاة] ، [باب الأمر بقتل الكلاب] (١٢٠٠/٣) ، الحديث (١٥٧٠/٤٥) ، وأحمد في المسند (١٤٤/٢) .

(٤) في (م) ، (ع) : [فإن كان يقتنيها] . (٥) في (م) ، (ع) : [ورفقًا لها] .

(٦) في (م) ، (ع) : [وبهذا] . (٧) الزيادة : من (م) ، (ع) .

(٨) في جميع النسخ [إهراقه] ، الصواب ما أثبتناه ، أثر عمر (ﷺ) : أخرجه الطحاوي في المشكل [باب بيان مشكل ما روي في تخليل الخمر والنهي عن ذلك بعد تحريمها] (٣٠٨/٤) .

(٩) في (م) ، (ع) : [عينه] . (١٠) في (م) ، (ع) : [تبين] .

(١١) في صلب (ص) : [بذلك] ، مكان : [بإمساكها] وما أثبتناه من (م) ، (ع) ، ومن هامش (ص) ، من نسخة أخرى ، والزيادة : من (م) ، (ع) .

١٣٨٣٢ - وقد ذكر ابن المنذر حديث ابن [١] عمر ﷺ : « أن النبي ﷺ حين حرم الخمر شق الزقاق بيده » [٢] .

ومعلوم أن الخمر مال يجوز الانتفاع به ، ومع ذلك أتلفها حسمًا للمادة فيها ، كذلك [٣] المنع من تخليلها .

١٣٨٣٣ - وقد روي : أن النبي ﷺ قال لأبي طلحة حين أمره بإراقتها : « فإذا جاءنا مال عوضناهم » [٤] ، فكأنه ﷺ لما أمر [٥] بإتلافها (المعنى فيها يأتي) [٦] لمصلحة المسلمين ، وعد بتعويضهم [٧] ، فلولا أن الإتلاف وقع في منفعة جائزة لهم [لم] [٨] يعوضهم .

١٣٨٣٤ - قالوا : روي أن عمر ﷺ صعد المنبر فخطب ، فقال : « لا يحل خل خمر أفسدت حتى يكون الله تعالى تولى إفسادها ، ولا بأس على امرئ مسلم ابتاع خلًا من أهل الكتاب ما لم يتعمدوا إفسادها ، فعند ذلك يقع النهي » [٩] .

١٣٨٣٥ - قالوا : وهذا على المنبر من غير خلاف .

١٣٨٣٦ - والجواب : أن الطحاوي قال : هذا الحديث رواه أبو عاصم ، عن ابن أبي ذئب [١٠] ، عن ابن شهاب ، عن القاسم بن محمد ، عن أسلم مولى عمر ، عن عمر

---

(١) لفظ : [ابن] ساقط من (م) ، (ع) .

(٢) في (م) ، (ع) : [ينقف] ، مكان : [شق] . حديث ابن عمر ﷺ : أخرجه أحمد مطولًا في المسند (١٣٢/٢ ، ١٣٣) ، والبيهقي في الكبرى « كتاب الأشربة » ، « باب ما جاء في تحريم الخمر » (٢٨٧/٨) .

(٣) في (ع) : [فكذلك] .

(٤) هذا الحديث : ذكره الهيثمي مطولًا ، بلفظ : [إذا أتانا مال البحرين فأتنا نعوض أيتامك من مالهم] ، « كتاب البيوع » ، « باب في الخمر وثمنها » (٨٨/٤ ، ٨٩) .

(٥) في (م) ، (ع) : [أمرنا] .

(٦) ما بين القوسين بدل المثبت في النسخ بلفظ [يعني فيها باق] والأقرب للصواب ما أثبتناه .

(٧) في (م) ، (ع) : [بعضهم] ، مكان : [بتعويضهم] .

(٨) الزيادة : من (م) ، (ع) .

(٩) هذا الأثر : أخرجه عبد الرزاق بلفظ : [لا يحل خل من خمر أفسدت ، حتى يكون الله هو الذي أفسدها] في المصنف « باب الخمر يجعل خلًا » (٢٥٣/٩) ، الأثر (١٧١١٠ ، ١٧١١١) ، والطحاوي في المشكل « باب بيان مشكل ما روي في تخليل الخمر إلخ » (٣٠٤/٤) .

(١٠) لفظ : [ابن] ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش ، وفي (م)، (ع) : [ذؤيب] ، مكان : [ذئب] .

ابن الخطاب ﷺ ، قال : وجدنا أهل الحديث لا يختلفون أنه خطأ من أبي عاصم ، فإن خطأه فيه إنما كان في اختصاره من حديث فيه كلام لعمر ، وكلام ابن شهاب ، فتوهم أن جميع الكلام لعمر ، فاختصر آخره ، ورواه عن عمر ، وإنما هو كلام الزهري ، وحذف [١] كلام عمر ، وقد كان ابن شهاب يروي الحديث ويتبعه بكلامه فيظن [٢] من لا علم له بالحديث أن جميع ما قاله رواية [٣] .

١٣٨٣٧ - وقد روى الحديث بتمامه ابن وهب ، عن ابن أبي ذئب [٤] ، عن ابن شهاب ، عن القاسم بن محمد ، عن أسلم - مولى عمر - : أن عمر أتي بالطلاء ، وهو بالجابية ، وهو يومئذ يطبخ ، وهو كعقيد الرب ، فقال : إن في هذا لشرابًا ما انتهى إليه ، ولا يشرب خلًّا من خمر أفسدت حتى يبدي اللّه فسادها ، فعند ذلك يطيب الخل [٥] .

١٣٨٣٨ - وروى ابن أبي ذئب الحديث هكذا ، وليس فيه من كلام عمر إلا ذكر الطلاء ، والباقي من كلام الزهري .

١٣٨٣٩ - والدليل عليه : أن يونس روى هذا الحديث عن ابن شهاب [٦] ، وقطع [٧] على قول عمر : « إن في هذا لشرابًا ما انتهى إليه » ، ثم لو ثبت أن هذا من كلام عمر لم يكن فيه حجة ، لأنه روي عن أبي الدرداء خلافه ، وذكره أبو يوسف في الأصل ، وذكره إبراهيم الحربي في غريب الحديث .

وذكره الطحاوي بإسناده عن أبي إدريس الخولاني : أن أبا الدرداء كان يأكل المري ، يعني : فيه [٨] الخمر ، ويقول : « ذبحته الشمس والملح » [٩] ، والمري من الخمر ، كان

---

(١) في (م) ، (ع) : [حديث] ، مكان : [حذف] .

(٢) في (م) ، (ع) : [فينظر] ، مكان : [فيظن] .

(٣) راجع لفظ الطحاوي في نفس المصدر (٣٠٤/٤ ، ٣٠٥) .

(٤) لفظ : [ابن] ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش ، وفي (م) ، (ع) : [ذؤيب] ، مكان : [ذئب] .

(٥) أخرجه الطحاوي (٣٠٤/٤) ، والبيهقي في الكبرى « كتاب الرهن » ، « باب العصير المرهون يصير خمرًا » (٣٧/٦) ، وعبد الرزاق مختصرًا في المصنف « كتاب الأشربة » ، « باب الرجل يجعل الرُّبّ نبيذًا » (٢٥٤/٩) ، الأثر (١٧١١٦) .

(٦) أخرجه الطحاوي (٣٠٤/٤ ، ٣٠٥) .

(٧) في (م) ، (ع) : [عن ابن شهاب بالإسناد قطع] ، مكان المثبت .

(٨) لفظ : [فيه] ساقط من صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش .

(٩) أخرجه الطحاوي (٣٠٥/٤) ، وعبد الرزاق في المصنف « كتاب الأشربة » ، « باب الخمر يجعل خلًّا » (٢٥٢/٩ ، ٢٥٣) ، الأثر (١٧١٠٩) .

يتخذه أهل الشام يجعلون فيه الخيار والملح ، فهذا يدل من مذهبه أنها تحل إذا توصل إلى استحالتها .

١٣٨٤٠ – قالوا : الخمر مستلذة مألوفة محبوبة ، والطبع يميل إليها ، وتدعو [١] النفس إلى شربها ، وموافقتها محظورة [٢] ، فمنع من التعرض لها ، كما منع من التصريح بالخطبة في العدة حتى لا تخبر المرأة بانقضاء [٣] عدتها قبل انقضائها .

١٣٨٤١ – قلنا : إذا طرح فيها الملح أفسدها وأخرجها من الهيئة [٤] التي تُستلذ وتُشتهى ، فلم يوجد ما قالوا .

١٣٨٤٢ – وأما [٥] التصريح بالخطبة : فلأن النكاح محرم في هذه الحال ، فمنع اللّه تعالى من التصريح به ليظهر [٦] من كل واحد منهما الإعراض عن العقد المحرم عليها .

١٣٨٤٣ – قالوا : فعل محظور ؛ فوجب أن لا يكون سببًا لاستباحة غير محظورة ، كذبح الصيد في الحرم ، والإحرام .

١٣٨٤٤ – قلنا : لا نسلم أن التخليل محظور ، بل هو مباح ، ويبطل : بمن تشاغل عن الجمعة بدباغ جلد ، فهو فعل محظور يتوصل به إلى استباحة غير محظور [وينتقض : بالغاصب لجلد الميتة إذا دبغه ، فهو فعل محظور يتوصل به إلى استباحة غير محظور] [٧] .

١٣٨٤٥ – قالوا : فعل منهيٌّ عنه لحق اللّه تعالى من غير اشتغال به عن عبادة ، فوجب أن لا يتعلق به استباحة مقصودة لفاعله ؛ أصله : إذا اصطاد المحرم صيدًا في الحل ، أو اصطاده [٨] الحلال في الحرم .

١٣٨٤٦ – قلنا : لا نسلم الوصف ، أنه ليس بمنهيٍّ عنه ، ثم يبطل بمن طلق امرأته ثلاثًا [٩] فتزوجت ، فأكره الزوجُ على [١٠] وطئها في حال الحيض ، فهذا فعل منهيٌّ عنه

---

(١) في (م) ، (ع) : [ويدعو] . (٢) في (م) ، (ع) : [محضورة] .
(٣) قوله : [بانقضاء] ساقط من صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش .
(٤) في (م) ، (ع) : [الجملة] ، مكان : [الهيئة] .
(٥) في (م) : [فلم يوجد قالوا فأما] ، وفي (ع) : [فلم توجد فأما] ، مكان : [فلم يوجد ما قالوا وأما] .
(٦) في (م) ، (ع) : [ليطهر] ، بالطاء المهملة .
(٧) ما بين المعكوفتين : ساقط من (م) ، (ع) . (٨) في (م) ، (ع) : [واصطلاده] .
(٩) في (م) : [قلنا] ، مكان : [ثلاثًا] ، وهو ساقط من (ع) .
(١٠) لفظ : [على] ساقط من (م) ، (ع) .

لحق اللّٰه تعالى ، ويتعلق به استباحة مقصودة لفاعله ، لأن التحريم المتعلق بالطلاق الثلاث (لا) [١] يزول . ويبطل بمن استخمر [٢] بطعام ، ويبطل بأم الولد إذا قتلت [٣] مولاها ، فإنها تعتق بقتله وتستبيح التصرف في نفسها وكسبها .

١٣٨٤٧ - فإن قالوا : النهي عن قتل المولى لحقه .

١٣٨٤٨ - قلنا : ولحق اللّٰه تعالى ؛ ألا ترى : أنه لو أذن لها في قتله لم يحل القتل ، فلو ارتد جاز لها قتله لمَّا زال المانع [٤] لحق اللّٰه تعالى .

١٣٨٤٩ - ولأن الاستباحة المقصودة لا تحصل بالتخليل ، وإنما تحصل بالاستحالة التي يتوصل إليها بالتخليل [٥] وليس كذلك إذا ذبح المحرم صيده [٦] ، لأن الاستباحة لو حصلت أوجبها الفعل المحظور سببًا لأمر آخر يقع به الاستباحة ، كما أن الحامل إذا تداوت لتضع حملها استباحت بالوضع الفطر في رمضان وإن حصلت بسبب هي فيه عاصية .

١٣٨٥٠ - ولأنا لو ملَّكنا المحرمَ بالصيد [٧] وأبحنا ما ذبحه بذبحه [٨] ، صار ذلك [ذريعةً إلى إتلاف الصيد والأنعام بفعل محظور ، وإذا أبحنا الخمر بالتخليل ، صار ذلك ذريعة] [٩] إلى إفسادها وإخراجها من أن تكون [١٠] معدة للمعاصي ، وهذا مندوب إليه وغير ممنوع منه .

١٣٨٥١ - قالوا : مائع [١١] متمول في العادة ، فإذا نجس لم يطهر بصنعة آدمي ، كاللبن .

١٣٨٥٢ - وقولهم : « مائع » [١٢] احتراز من جلد الميتة .

١٣٨٥٣ - وقولهم : « متمول » من الماء النجس .

---

(١) ما بين القوسين زيادة غير مثبتة في النسخ . (٢) في (م) ، (ع) : [استجمر] .

(٣) في (م) : [قبلت] .

(٤) في (م) ، (ع) : [لما جاز المنع] ، مكان المثبت .

(٥) قوله : [بالتخليل] ساقط من (م) ، (ع) .

(٦) في (م) ، (ع) : [وصيده] ، بزيادة الواو .

(٧) في هامش (ص) : [بالاصطياد] ، مكان : [بالصيد] من نسخة أخرى .

(٨) قوله : [بذبحه] ساقط من (م) ، (ع) .

(٩) ما بين المعكوفتين : ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش ، وفي (م) ، (ع) : [إلى فسادها] ، مكان المثبت . (١٠) في (م) : [أن يكون] .

(١١ ، ١٢) في (م) : [مانع] ، مكان : [مائع] .

١٣٨٥٤ - قلنا : نقول بموجب العلة ، فإن الخمر لا تطهر بصنعة آدمي ، وإنما تطهر[١] بالاستحالة ، وصنعة الآدمي سبب في ذلك ، فهو كما لو نقلها من الشمس إلى الظل[٢] .

١٣٨٥٥ - وقد قالوا : المذهب أن ذلك يخللها[٣] ، وإنما خالف في ذلك بعض المتأخرين منهم .

ولأن اللبن لا يستحيل بالصنعة ؛ فلم يتغير حاله ، والخمر تستحيل[٤] بالصنعة ، والاستحالة أن يتنجس اللبن بمخالطة الخمر ، فيطهر بغلبة الخل عليه[٥] ؛ لأنه يستحيل بذلك .

ولأن اللبن النجس لا يطهر إذا تغير بغير فعل الآدمي ، والخمر إذا تغيرت[٦] بصنعة آدمي كذلك تطهر بالتغيير[٧] إذا كان بصنعة آدمي .

١٣٨٥٦ - قالوا : فعل الآدمي قد يؤثر في الحظر والتحريم ما لا يؤثر غيره . ألا ترى : أنه لو ترك أباه يموت ورثه ، ولو قتله لم يرثه ، ولو ترك صيد الحرم فخرج من الحرم بنفسه حل له قتله ، ولو نفره وأخرجه إلى الحل لم يحل له قتله .

١٣٨٥٧ - قلنا : لم يختلف بما ذكروه من فعل الآدمي وغيره ؛ بدلالة : أن أجنبيًا لو قتل أباه ورثه وارثوه ، كما لو مات حتف أنفه ، وقتل الآدمي فعل الآدمي .

١٣٨٥٨ - وأما الصيد فلم يختلف لما ذكروه[٨] ، ولكن إذا نفره حتى يخرج صار في ضمانه بالإخراج ، فلم يجز له تخفيف الضمان بإتلافه ، فلو ذبح ضمن ، لكن يحل تناوله[٩] ، فقد استوى فعل الآدمي وغيره في الإباحة بالذبح ، وإنما اختلف في الضمان ، لأنه تعدى في إحدى الحالتين دون الأخرى[١٠] ولو قتل كان الأمر بضد ما

---

(١) في (م) ، (ع) : [لا يطهر بصنعة آدمي وإنما يطهر] ، مكان المثبت .
(٢) في (م) ، (ع) : [من الظل إلى الشمس] بالتقديم والتأخير .
(٣) في (م) ، (ع) : [يحللها] ، بالحاء المهملة .
(٤) في (م) ، (ع) : [يستحيل] .
(٥) قوله : [عليه] ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش .
(٦) في (م) ، (ع) : [تغير] .
(٧) في (م) ، (ع) : [يطهر] ، مكان : [تطهر] ، وفي (ص) : [بالنعلين] ، مكان : [بالتعيين] .
(٨) في (م) ، (ع) : [بما ذكروه] .
(٩) في (م) ، (ع) : [تناوله له] ، بزيادة : [له] .
(١٠) في (ع) : [أحد] ، مكان : [إحدى] ، وفي (م) ، (ع) : [الآخر] ، مكان : [أخرى] .

قالوه من بابٍ أولى ؛ لأن فعل الآدمي قد يؤثر في الإباحة ما لا يؤثر غيره ، بدلالة : أنه لو ذبح [الشاة حلت ، ولو تركها حتى تموت يحرم تناولها .

ثم لو كان المانع ما قالوه من صنعة الآدمي لوجب لو أطارت الريح] [1] الملح حتى وقع في الخمر فتحللت أن تحل ، لأنه لم يوجد صنعة آدمي .

١٣٨٥٩ - قالوا : مائع استحال فنجس ، فلا يطهر بصنعة آدمي ، كالبول .

١٣٨٦٠ - قلنا : لا نسّلم الأصل ، لأن البول إذا وقع على الأرض طهر بمضي الزمان والاستحالة ، فإذا فعل أجنبي ذلك يطهر [2] بالاستحالة التي ينسب إليها الآدمي .

١٣٨٦١ - قالوا : خمر زالت شدتها بمخالطة غيرها ، فوجب أن لا تطهر [3] ، كما لو غلبها السكر والدبس [4] .

١٣٨٦٢ - قلنا : هناك الشدة [5] لم تزل ، وإنما غلبها الحلاوة ، بدلالة : أنها تحيل السكري إلى الشدة إذا بقي [6] فيها ، فعلم أن الشدة باقية لكنها لا تطهر ؛ لأنها مغلوبة / وليس كذلك إذا تخللت ، لأن الشدة زالت ، بدلالة : أن الخمر كانت هي الغالبة ، ومع ذلك ارتفعت الشدة عنها . ١٥٩/ب

١٣٨٦٣ - قالوا : مائع [7] لا يطهر بالكثرة ، فوجب أن لا يطهر بالصنعة ، كالسمن الذائب إذا ماتت فيه الفأرة .

١٣٨٦٤ - قلنا : لا نسلم الأصل ، فإن السمن النجس يطهر بالغسل عندنا إذا طبخ بالماء ، وجميع النجاسات تطهر عندنا بالاستحالة بفعل الآدمي وبغير فعله [8] .

١٣٨٦٥ - قالوا : الخمر نجسة ، فإذا طرح فيها الملح ذاب ونجس ، فإذا تخللت ففيها مائع نجس ، فهو كخل وقع فيه بول .

---

(١) ما بين المعكوفتين : ساقط من (م) ، (ع) .
(٢) في (م) ، (ع) : [ودونه طهر] ، مكان : [يطهر] .
(٣) في (م) : [أن يطهر] ، وفي (ع) : [أن تطهر] بحذف : [لا] .
(٤) في (م) ، (ع) : [الدمس] ، وهو تصحيف . والدبس - بالكسر - : عصير الرطب . راجع : المغرب ، مادة : [دبس] ص١٦٠ ، المصباح المنير (١٧٨/١) .
(٥) في (ع) : [النبذة] ، مكان : [الشدة] .
(٦) في (ع) : [النبذة] ، مكان : [الشدة] ، وفي (م) ، (ع) [لفي] ، مكان : [بقي] .
(٧) في (م) : [مائع] .
(٨) في (م) ، (ع) : [وبفعل غيره] ، مكان : [وبغير فعله] .

١٣٨٦٦ - قلنا : الملح إنما نجس بالخمر ، فإذا استحالت الخمر استحال ما في الملح من أجزائها ، وطهر ذلك كما يطهر كل جزء من الخمر .

يبين [١] ذلك : أن ظرفها نجس ، فإذا استحالت فيه طهر ، ولا يكون ذلك كخل في ظرف نجس .

١٣٨٦٧ - فإذا قيل : زوال ما أوجب نجاسة المائع لا يطهره ، كعظم الخنزير إذا وقع في الماء ثم أخرج منه .

١٣٨٦٨ - قلنا : لم نقل : إنه يطهر بإزالة ما نجسه [لكنه يطهر بإحالة ما نجسه] [٢] ، وهذا يطهر المائع بالاتفاق ، ألا ترى : أن الخمر إذا تخللت بنفسها طهرت لزوال المعنى الموجب لنجاستها بالاستحالة [٣] ، فأما العظم ينجس الماء ، فإذا أخرج بقيت الأجزاء المتخللة فيه في الماء لم تستحل [٤] ، فلم تزل النجاسة بإخراج العظم .

* * *

(١) في (ع) : [تبين] .

(٢) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) .

(٣) في (م) ، (ع) : [والاستحالة] .

(٤) في (م) : [لم يستحل] .



مسألة ٦٩٧

رهن ما يسرع إليه الفساد بالدين

١٣٨٦٩ - قال أصحابنا [١] : رهن ما يسرع إليه الفساد بالدين الحالّ والمؤجل جائز [٢] .

١٣٨٧٠ - وقال الشافعي : ما يمكن استصلاحه ومنعه [٣] من الفساد ، كالرطب الذي يصير تمرًا ، والعنب الذي يصير زبيبًا ؛ يجوز رهنه ، ويكلف الراهن حفظه من الفساد بالشمس ويجبر على ذلك .

١٣٨٧١ - فإن كان مما يخشى فساده ولا سبيل إلى حفظه ، كالتفاح ، والقثاء ، والبطيخ ، فرهنه بدين حال أو بأجل لا يفسد إليه جاز ، وإن رهنه إلى أجل لا يبقى إليه وشرط أن يباع إذا خُشي فساده ويكون ثمنه رهنًا جاز ، وإن رهنه بشرط [٤] أن لا يباع بطل الرهن ، وإن أطلق ففيه قولان ، أحدهما : الرهن صحيح ، والثاني : الرهن باطل ، قالوا : وهو الصحيح [٥] .

١٣٨٧٢ - لنا : أن ما جاز رهنه بدين حال جاز بدين مؤجل وإن بعد الأجل [٦] ، كالعنب الذي يتخذ منه الزبيب .

ولأن كل عين صح رهنها بدين بشرط البيع ، جاز رهنها بذلك الدين من غير شرط [٧] ؛ أصله : إذا كان لا يفسد قبل الحلول .

١٣٨٧٣ - ولأنه يجوز بيع هذه العين إلى هذا الأجل ، فجاز رهنها إليه مطلقًا ،

---

(١) قوله : [قال أصحابنا] ساقط من (ع) .
(٢) راجع المسألة في : روضة القضاة [كتاب الرهن] (٤٢١/١) ، مسألة (٢٣٦٨ ، ٢٣٦٩) .
(٣) في (م) ، (ع) : [بيعه] .   (٤) في (م) ، (ع) : [شرط] ، بدون الباء .
(٥) قال الشيرازي في التنبيه : « وما يسرع إليه الفساد لا يصح رهنه بدين مؤجل في أصح القولين ، ويصح في الآخر » . راجع تفصيل المسألة في : الأم « كتاب الرهن الكبير » ، في « الرهن الفاسد » (١٦٣/٣) ، مختصر المزني ص٩٦ ، التنبيه « باب الرهن » ص٧٠ ، المهذب مع تكملة المجموع الثانية « كتاب الرهن » (١٩٩/١٣) ، حلية العلماء « باب ما يجوز رهنه وما لا يجوز » (٤١٧/٤) ، نهاية المحتاج « كتاب الرهن » (٣٤١/٤ ، ٣٤٢) ، الكافي لابن قدامة « باب ما يصح رهنه وما لا يصح » (١٣٧/٢) ، المغني « فصل : ويصح رهن ما يسرع إليه الفساد » (٣٧٧/٤ ، ٣٧٨) ، الإنصاف « باب الرهن » (١٤١/٥) .
(٦) قاعدة « ما جاز رهنه بدين حالّ جاز بدين مؤجل وإن بعد الأجل » .
(٧) قاعدة : « كل عين صح رهنها بدين بشرط البيع جاز رهنها بذلك الدين من غير شرط » .

أصله : الأجل الذي لا يفسد إليه .

١٣٨٧٤ - احتجوا : بأنه لا يصح بيعه عند محل الدين ، فلا يصح الرهن به ، أصله : أم الولد .

١٣٨٧٥ - الجواب [1] : أنه يبطل بالرطب الذي يجيء منه التمر إذا رهنه بدين مؤجل لا يمكن بيعه عند محل الدين .

١٣٨٧٦ - فإن قالوا : يجففه ثم يباع [2] .

١٣٨٧٧ - قلنا : وكذلك هذا إذا خُشي فساده ، بيع وحبس ثمنه ، فيباع في الدين ويستوفي [3] .

١٣٨٧٨ - ولأن أم الولد لا يمكن بيعها في حال من أحوال الرهن ، [فلم يجز رهنها . وليس كذلك هذا ، لأنه يجوز بيعه في حالٍ من أحوال الرهن] [4] ، فصار كما لو رهن ما يفسد بشرط أن يباع قبل فساده .

١٣٨٧٩ - قالوا : المقصود من الرهن [5] استيفاء الدين من ثمنه إذا حلَّ الدين وامتنع الراهن [6] من قضائه ، وهذا لا يصبح من هذا النوع ، لأنه [7] لا يمكن بيعه قبل فساده .

١٣٨٨٠ - قلنا : إذا خُشي فساده باعه الحاكم وأمر بحفظ ثمنه ، فحصل مقصود الرهن منه .

١٣٨٨١ - قالوا : لا يجوز أن يلزم الراهن بيع [8] الرهن قبل حلول الدين .

١٣٨٨٢ - قلنا : يلزمه ذلك لحق المرتهن حتى لا يتلف الدين ؛ يبين [9] ذلك : أن الإنسان لا يجبر على تجفيف رطبه وعنبه وبيع ذلك ، وإذا [10] كان رهنًا يجبر عليه عندهم لحق المرتهن ، كذلك يجبر على البيع أو يبيعه [11] الحاكم لتعلق حق المرتهن .

---

(١) في (م) ، (ع) : [فالجواب] . (٢) في (م) ، (ع) : [تحققه ثم ابتاع] ، مكان المثبت .
(٣) قوله : [ويستوفي] ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش .
(٤) ما بين المعكوفتين : ساقط من (م) ، (ع) .
(٥) في (م) ، (ع) : [بالرهن] ، مكان : [من الرهن] .
(٦) في (م) ، (ع) : [فامتنع المرتهن] ، مكان المثبت .
(٧) قوله : [لأنه] ساقط من (م) ، (ع) . (٨) في (ص) : [بيبع] .
(٩) في (م) ، (ع) : [الدين الذي تبين] ، مكان : [الدين يبين] .
(١٠) في (م) ، (ع) : [إذا] بدون الواو . (١١) في (م) ، (ع) : [أو يبعه] .

مسألة ٦٩٨

توكيل الراهن المرتهن في بيع الرهن

١٣٨٨٣ - قال أصحابنا : إذا وكّل الراهن المرتهن في بيع الرهن عند حلول الدين ، أو شرط ذلك في الرهن ، جاز [(١)] .

١٣٨٨٤ - وقال الشافعي : لا يجوز للمرتهن أن يبيع الرهن بالوكالة إلا أن يحضر الراهنُ أو وكيلُه .

وقال أصحابه : لا يجوز بيعه من الراهن إن لم يحضره [(٢)] .

لنا : أن ما جاز أن يشترط في الرهن للعدل ، جاز أن يشترط للمرتهن ، كالإمساك .

١٣٨٨٥ - ولأن ما جاز [(٣)] أن يشترط الإمساك في الرهن جاز أن يشترط [(٤)] له البيع عند محل الدين [(٥)] ، كالراهن .

ولأن الراهن مالك البيع ؛ بدلالة : أنه لو باع بإذن المرتهن جاز ، وقد وكل في

(١) راجع المسألة في : متن القدوري « كتاب الرهن » ص٤١ ، الكتاب مع اللباب « كتاب الرهن » (٨/٢) ، روضة القضاة « فصل : توكيل المرتهن ببيع الرهن » (٤٢١/١) ، مسألة (٢٣٧٠ ، ٢٣٧١) ، تحفة الفقهاء ، في « حكم الرهن » (٤٣/٣) ، الهداية مع البناية « باب الرهن الذي يوضع على يد العدل » (٧/١٢) ، الهداية مع العناية في ذيل تكملة فتح القدير (١٧٥/١٠) ، كنز الدقائق « باب الرهن يوضع على يد عدل » ص ١٧٤ ، حاشية ابن عابدين « باب الرهن يوضع على يد عدل » (٣٣٤/٥) .

(٢) في (ص) : [أو لم يحضره] ، وفي (م) ، (ع) ، [ولم يحضره] ، لعل تصويبه : [إن لم يحضره] ، أي : [لا يجوز بيعه إن لم يحضر الراهن] . راجع المسألة في : الأم في « بيع الرهن ومن يكون الرهن على يديه » (١٦٩/٣) ، مختصر المزني ص٩٦ ، المهذب مع تكملة المجموع الثانية « كتاب الرهن » (٢٢٥/١٣) ، حلية العلماء (٤٣٢/٤ ، ٤٣٣ ، ٤٦٢) ، نهاية المحتاج « كتاب الرهن » (٣٧٦/٤) ، المدونة ، في « الرهن يجعل على يدي عدل ، أو يكون على يدي المرتهن » (١٥٦/٤) ، الكافي لابن عبد البر « باب جامع الرهون » (٨٢٢/٢) ، المنتقى « الباب الخامس فيمن يلي الرهن » (٢٥٥/٥) ، شرح الزرقاني « باب الرهن » (٢٥٢/٥) ، جواهر الإكليل « باب الرهن » (٨٤/٢) ، الإفصاح « باب الرهن » (٣٦٩/١) ، الكافي لابن قدامة « باب الشروط في الرهن » (١٥٧/٢) ، المغني ، « فصل : والشروط في الرهن تنقسم قسمين » (٤٢١/٤ ، ٤٢٢) ، الإنصاف (١٦٢/٥) .

(٣) في (ص) : [لما جاز] ، بزيادة : [ل] .

(٤) قوله : [أن يشترط] ساقط من (م) ، (ع) .

(٥) في (م) ، (ع) : [الحق] ، مكان : [الدين] .

البيع [١] من يملك البيع ، فصح توكيله ، كما لو وكل أجنبيًا ، أو وكل المستعير .

١٣٨٨٦ - احتجوا : بأن المرتهن يبيعه [٢] في حق نفسه ، وبيع ملك الغير في حق نفسه بتولية [٣] لا يصح [٤] ، كما لو وكله في بيع عبده من نفسه .

١٣٨٨٧ - وربما قالوا : توكيل فيما يتعلق بحق الوكيل ، فوجب أن لا يصح . أصله : إذا وكل صاحب الدين من عليه الدين بقبضه من نفسه له .

١٣٨٨٨ - الجواب لا يسلم : لأنه [٥] يبيع ملك الغير لمالكه ثم يستوفي الدين من ثمنه ، وهذا غير ممتنع ، كما لو قال المسلم إليه [٦] لرب السلم : وكلتك أن تشتري بدراهمي طعامًا ثم تستوفيه [٧] لنفسك .

١٣٨٨٩ - قالوا : الوكالة بشراء الطعام جائزة ، والأمر بالاستيفاء لا يصح به ، كذلك ههنا كان يجب أن تجوز [٨] الوكالة بالبيع وإن لم يصح الإذن في الاستيفاء [٩] عندهم .

ولأنه إذا كان يجوز أن يملك بِمُشْتَرَي ملكَ الغير لحقٌ نفسه بأمر الغير جاز أن يبيعه لحق نفسه بأمره .

١٣٨٩٠ - وقولهم : توكيل فيما يتعلق بحق الوكيل ، يبطل بتصرف المضارب ، فإنه يتصرف بأمر رب المال لحق نفسه [١٠] .

فأما الوكالة بأن يبيع من نفسه فإنما لا يصح ؛ لأن حقوق العقد تتنافى [١١] ؛ ألا ترى : أنه تثبت له المطالبة على نفسه بتسليم المبيع وقبضه ، ويطالب نفسه بالثمن ، ويستحيل أن يثبت بالعقد المطالبة للإنسان على نفسه ، وليس كذلك إلا [١٢] إذا باع من نفسه ، لأن المطالبة لا تثبت له بالعقد ، وإنما تثبت بالولاية ، بدلالة : أن الصبي

---

(١) في (ع) ، (ن) : [بالبيع] .
(٢) في (ع) : [بيعه] .
(٣) في (ع) : [لتولية] .
(٤) قاعدة : « بيع ملك الغير في حق نفسه بتولية لا يصح » .
(٥) في (ع) : (ن) : [أنه] .
(٦) لفظ : [إليه] ساقط من (ع) .
(٧) في (م) : [يشتري] و [يستوفيه] ، مكان : [تشتري] ، و[تستوفيه] .
(٨) في (م) : [أن يجوز] .
(٩) في (ع) : [بالاستيفاء] ، مكان : [في الاستيفاء] .
(١٠) في (م) ، (ع) : [فإنه ينصرف بأمر رب المال حل نفسه] ، مكان المثبت .
(١١) في (م) : [يتنافى] .
(١٢) في (م) ، (ع) : [الآن] ، مكان : [إلا] .

إذا[1] بلغ لزمه أن يبدل [2] التسليم إلى أبيه . وأما إذا وكَّله بأن يقبض له الدين من نفسه فلأنه أمره بالتصرف في ملك المأذون ، وأمره له بأن يتصرف في ملكه باطل ، فكأنه عين الدين بغير أمره . وفي مسألتنا : أمره ببيع ملكه ، فهو يتصرف في ملك الغير بأمر مالكه ، وإلا لمن ملك لذلك التصرف ، فلهذا جاز .

١٣٨٩١ - قالوا : إذنه يضاد [3] الغرضين ، لأن المرتهن غرضه : البيع على الفور ، والمبادرة لتعجل حقه ، وغرض الموكل : الزيادة في الثمن ، ولا يمكن هذا مع المبادرة في البيع ، وإذا تضاد الغرضان [4] بطل التوكيل ، كما لو قال : بعني من نفسك .

١٣٨٩٢ - قلنا : يبطل إذا قُدِّرَ الثمن فباعه به فلم يفت عليه غرضه ، ولا يجوز عندهم .

١٣٨٩٣ - ويبطل بتوكيل المسلم إليه رب السلم ليشتري [5] طعامًا يستوفيه من دينه .

١٣٨٩٤ - قالوا : عندنا إذا وكله أن يشتري طعامًا [6] لا يجوز ، وإنما يجوز إذا وكله أن يشتري الطعام له .

١٣٨٩٥ - قلنا : وكذلك في مسألتنا : إنما يوكل [7] ببيع الرهن له ، ثم أذن له في تسليم الدين [8] من ثمنه .

١٣٨٩٦ - وقد قال الشافعي في مسألتنا : إن المرتهن إذا باع فبيعه باطل ، وقال في[9] الوكيل : إذا وكل وكالة فاسدة صح البيع ، وأكثر أحوال الوكالة ههنا أن تكون فاسدة ، فيجب [10] أن يجوز البيع عنده .

* * *

---

(١) في (م) ، (ع) : [بالولادة بدلالة أن الصبي لو] ، مكان المثبت .

(٢) في (م) ، (ع) : [أن يبذل] ، بالذال المعجمة .

(٣) في (م) ، : [فيه يضاد] ، وفي (ع) : [فيه تضاد] ، مكان : [إذنه يضاد] .

(٤) في (م) ، (ع) : [فإذا قضاه الغير ضاد] ، مكان : [وإذا تضاد الغرضان] .

(٥) في (م) ، (ع) : [اشترى] ، مكان : [ليشتري] .

(٦) في (م) ، (ع) : [يشتري] ، بدون : [أن] ، وقوله : [أن يشتري طعامًا] ساقط من صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش .

(٧) في (م) ، (ع) : [توكل] .

(٨) في (م) ، (ع) : [الرهن] ، مكان : [الدين] .

(٩) حرف : [في] ساقط من (م) ، (ع) .

(١٠) في (م) ، (ع) : [يجب] بدون الفاء .

مسألة ٦٩٩

شرط توكيل العدل ببيع الرهن

١٣٨٩٧ - قال أصحابنا : إذا شرط في عقد الرهن توكيل العدل أو غيره ببيع الرهن عند حلول الدين ، لم يملك عزله إلا برضا المرتهن [1] .

١٣٨٩٨ - وقال الشافعي : للراهن أن يعزله ، وإن عزله المرتهن وحده ، فالمذهب : أنه ينعزل .

١٣٨٩٩ - ومن أصحابه من قال : لا يملك المرتهن عزله عنه بعد الشرطين ، أصله : الإمساك .

١٣٩٠٠ - ولأن كل من جاز له بيع الرهن عند المحل ، لم يملك الراهن عزله عن البيع ، كالقاضي إذا جعل الرهن عنده .

ولأنه لما شرط البيع في الرهن [2] صار من حقوقه ، بدلالة : أن في ذلك زيادة وثيقة ، والعقد إذا صار من حقوق [3] عقد آخر لازم ، لم يملك مَنْ شرطه عليه إسقاطه حتى كأنه لم يشرطه . أصله : إذا شرط في البيع بقي على حاله غير لازم ، بدلالة : أن المشتري لا يجبر على تسليمه ، كذلك الوكالة عقد غير [4] لازم ، فإذا شرط في الرهن بقي [5] على ما كان عليه [6] .

---

(١) قال القدوري : « فإن شرط في عقد الرهن فليس للراهن عزله عنها فإن عزله لم ينعزل وإن مات الراهن لم ينعزل » . راجع : متن القدوري ص ٤١ ، الكتاب مع اللباب (٨/٢) ، روضة القضاة (٤٢١/١) ، مسألة (٢٣٧٢ ، ٢٣٧٣) ، تحفة الفقهاء (٣٩/٢) ، بدائع الصنائع (١٤٩/٦ ، ١٥١) ، الهداية مع البناية (٧/١٢) ، الهداية مع العناية وتكملة فتح القدير (١٧٥/١٠) ، كنز الدقائق ص ١٧٤ ، مجمع الأنهر [باب الرهن يوضع عند عدل] (٥٧٥/٢) ، حاشية ابن عابدين (٣٣٤/٥) .

(٢) في (م) ، (ع) : [لما شرط الرهن في البيع] ، بالتقديم والتأخير .

(٣) في (م) : [من حقوق بدلالة أن ذلك زيادة] ، من بعد : [حقوق] تكرار لما سبق ، وهو سهو من الناسخ ، وفي (ع) : [زيادة] ، مكان : [إذا صار من حقوق] .

(٤) لفظ : [غير] ساقط من (ع) . (٥) في (م) : [نفى] ، مكان : [بقي] .

(٦) قال الشافعي وأصحابه : إذا عزله الراهن صح عزله ، وإن عزله المرتهن ففيه وجهان . راجع المسألة في : الأم (١٦٩/٣) ، مختصر المزني ص٩٦ ، المهذب مع تكملة المجموع الثانية (٢٢٤/١٣) ، حلية العلماء (٤٣٢/٤) الكافي لابن عبد البر ، في آخر [باب جامع الرهون] (٨٢٢/٢) ، المنتقى ، الباب السابق (٢٥٥/٥) ، =

١٣٩٠١ - قلنا : نحن قلنا : إنه لا يملك إسقاطه حتى يصير كأنه لم يشترطه ، وعندهم : يعزله عن الوكالة ، فيصير كأنه لم يوكله . وفي مسألتنا : الراهن (١) وإن لم يجبر على تسليم الرهن فقد تعلق بشرطه حكم لازم ، بدلالة : أنها تثبت للبائع (٢) الخيار إذا لم يسلم المشتري الرهن إليه .

١٣٩٠٢ - احتجوا : بأنها وكالة ، فملك عزل وكيله عنها ، كسائر الوكالات .

١٣٩٠٣ - الجواب (٣) : أنه لا فرق بين هذا وبين سائر الوكالات في أنه متى تعلق بالوكالة حق غير الموكل (٤) لم يملك الموكل إسقاطه (٥) ، ومتى لم يتعلق بالعزل إسقاط حق أحد ، جاز للموكل إسقاط حق نفسه (٦) .

١٣٩٠٤ - يبين (٧) هذا : أن إمساك العدل الرهن لو كان وديعة من غير / رهن ملك الراهن عزله ، ولمَّا تعلق بهذا الإمساك حق المرتهن لم يملك عزله . ١٦٠/أ

١٣٩٠٥ - قالوا : وكالة تبطل بموت الوكيل ، فبطلت بالعزل ، كالوكالة (٨) المجردة .

١٣٩٠٦ - قلنا : موت العدل يسقط (٩) إمساكه للرهن وإن كان الراهن لا يملك عزله عن الإمساك (١٠) ، والمعنى في الوكالة المنفردة ما ذكرنا .

* * *

= شرح الزرقاني ، الباب السابق (٢٥٣/٥) ، جواهر الإكليل الباب السابق (٨٤/٢) الإفصاح (٣٧٠/١) ، الكافي لابن قدامة (١٥٧/٢) ، المغني (٣٩١/٤ ، ٣٩٢) ، الإنصاف (١٦٦/٥) .

(١) في (م) ، (ع) : [وفي مسألة الرهن] ، مكان المثبت .

(٢) في (م) ، (ع) : [ثبت للبائع] .

(٣) في (م) ، (ع) : [والجواب] ، بالعطف .

(٤) في (م) ، (ع) : [عين] ، مكان : [غير] ، ولفظ : [الموكل] ساقط من صلب (ص) ، واستدركه المصنف في الهامش .

(٥) في (م) ، (ع) : [بإسقاطه] .

(٦) قاعدة : « متى تعلق بالوكالة حق غير الموكل لم يملك الموكل إسقاطه . ومتى لم يتعلق بالعزل إسقاط حق أحد جاز للموكل إسقاط حق نفسه » .

(٧) في (ع) : [تبين] .

(٨) في (م) ، (ع) : [غير الوكالة] ، مكان : [كالوكالة] .

(٩) في (م) ، (ع) : [سقط] .

(١٠) قاعدة : « موت العدل يسقط إمساكه للرهن ، وإن كان الراهن لا يملك عزله عن الإمساك » .

مسألة ٧٠٠

بيع العدل الرهن وهلاك الثمن في يده

١٣٩٠٧ - قال أصحابنا : إذا باع العدل الرهن فهلك ثمنه في يده، هلك من ضمان المرتهن [١] .

١٣٩٠٨ - وقال الشافعي : من مال الراهن [٢] .

١٣٩٠٩ - وهذه مبنية على ضمان الرهن ، ووجه البناء : أن ثمن الرهن قام مقامه رهنًا في يد العدل ، فهلاكه كهلاك الرهن ، ولو هلك الرهن كان بالأقل من قيمته ومن الدين ، كذلك الثمن [٣] لما صار رهنًا . وعلى أصلهم : إذا هلك الرهن من غير تفريط كان من مال الراهن لذلك [٤] .

١٣٩١٠ - ويحتج في المسألة من غير بناء : أن العدل أمين يمسك الثمن [٥] لحق المرتهن ؛ فصار كما لو دفع الثمن إلى وكيله بالقبض . ولأن يد العدل للمرتهن ، فصارت كيد وكيله ، ولو هلك الثمن من يد وكيله هلك من ضمانه كذلك هذا .

* * *

(١) راجع المسألة في : روضة القضاة « فصل : تبعة هلاك ثمن الرهن » (٤٢١/١) ، مسألة (٢٣٧٤ ، ٢٣٧٥) ، الهداية مع البناية ، الباب السابق (١٢/١٢ ، ١٣) ، تكملة فتح القدير مع الهداية والعناية ، الباب السابق (١٧٦/١٠) ، حاشية ابن عابدين (٢٣٦/٥) .

(٢) راجع المسألة في : الأم « كتاب الرهن الصغير » ، في « رهن المشاع » (١٩٢/٣) ، مختصر المزني ، الباب السابق ص ٩٦ ، المهذب مع تكملة المجموع الثانية « كتاب الرهن » (٢٢٥/١٣) ، حلية العلماء « كتاب الرهن » (٤٦١/٤) ، نهاية المحتاج « كتاب الرهن » (٢٧٧/٤) ، المدونة « فيمن ارتهن رهنًا فأرسل وكيله يقبض له الرهن إلخ » (١٥٦/٤) ، الكافي لابن عبد البر ، الباب السابق (٨٢٢/٢) ، الكافي لابن قدامة ، « فصل : وإن أذنا له في البيع بنقد » (١٥٨/٢) ، المغني « فصل : وإذا باع العدل الرهن إلخ » (٣٩٤/٤) .

(٣) لفظ : [الثمن] ساقط من (ع) .

(٤) في (م) و (ع) و (ن) : كذلك .

(٥) في (م) ، (ع) : [اليمين] ، مكان : [الثمن] .



مسألة ٧٥١

رجوع المشتري بالثمن على العدل

١٣٩١١ - قال أصحابنا : إذا باع العدل الرهن وقبض الثمن ، فهلك في يده ثم استحق المبيع ، فللمشتري أن يرجع بالثمن على العدل [١] .

١٣٩١٢ - وقال الشافعي : يرجع به على الراهن [٢] .

١٣٩١٣ - وهذه المسألة مبنية على : أن حقوق العقد تتعلق بالوكيل [٣] ، والرجوع بالثمن من حقوق العقد ، فيتعلق بالوكيل والمطالبة بالتسليم .

١٣٩١٤ - ولأن كل مكلف توجه [٤] عليه المطالبة بتسليم المبيع بالعقد ، توجه [٥] عليه العهدة بالثمن ، كالراهن إذا باع .

١٣٩١٥ - ولا يلزم : القاضي وأمينه ، لأن التسليم يلزمهم بحكم الولاية لا بالعقد .

١٣٩١٦ - فإن قيل : فكذلك الوكيل لا يلزمه المطالبة بالتسليم ، وإنما يلزمه التسليم بحكم العقد [٦] .

١٣٩١٧ - ولأن كل من ادعى المبيع جعل القول قوله مع يمينه ، والرجوع بالثمن يتوجه عليه عند الاستحقاق ، كالوصي ، والأب .

١٣٩١٨ - ولا يلزم : الصبي والقاضي وأمينه ، لأنه لا يتوجه عليهم اليمين .

١٣٩١٩ - احتجوا : بأنه نائب عن غيره من [٧] غير عقد ؛ فلا يلزمه ضمان

---

(١) راجع المسألة في : روضة القضاة [فصل استحقاق الرهن] (٤٢٢/١) ، مسألة (٢٣٧٦ - ٢٣٧٨) ، الهداية مع البناية ، الباب السابق (١٥/١٢) ، الهداية مع تكملة فتح القدير (١٧٧/١٠) ، مجمع الأنهر (٥٧٨/٢) .

(٢) راجع المسألة في : المهذب مع تكملة المجموع الثانية ، الباب السابق (٢٢٥/١٣) ، حلية العلماء ، الباب السابق (٤٦١/٤ ، ٤٦٢) ، المدونة (١٥٦/٤) ، الكافي لابن عبد البر (٨٢٢/٢) ، الكافي لابن قدامة (١٥٨/٢ ، ١٥٩) ، المغني (٣٩٤/٤ ، ٣٩٥) .

(٣) قاعدة : « حقوق العقد تتعلق بالوكيل » .

(٤) في (م) ، (ع) : [يوجه] بالياء التحتانية ، وهو خطأ .

(٥) في (م) ، (ع) : [يوجه] بالياء التحتانية ، وهو خطأ .

(٦) في (م) ، (ع) : [لزمه التسليم بحكم عقده] ، مكان المثبت .

(٧) في (ع) : [عن] مكان : [من] .

العهدة ، أصله : أمين الحكم .

١٣٩٢٠ - الجواب [١] : أن أمين الحكم [٢] قائم مقامه إذا كان من أهل الضمان .

* * *

(١) في هامش (ص) : [الحاكم] ، مكان : [الحكم] ، من نسخة أخرى ، وفي (م) ، (ع) : [والجواب] ، بالعطف .

(٢) في (م) ، (ع) ، وهامش (ص) : [الحاكم] ، مكان : [الحكم] .



مسألة ٧٠٢

اختلاف العدل مع المرتهن في تسليم الثمن بعد بيع الرهن

١٣٩٢١ - قال أصحابنا : إذا باع العدلُ الرهنَ وادعى تسليم [١] الثمن إلى المرتهن ؛ فالقول قوله مع يمينه [٢] .

١٣٩٢٢ - وقال الشافعي : القول قول المرتهن ، والعدل ضامن إلا أن يكون سلم بشهادة فمات الشهود .

١٣٩٢٣ - وإن سلم بشهادة واحد ، ففيه وجهان .

١٣٩٢٤ - وإن سلم بمحضر الراهن من غير إشهاد ، ففيه وجهان .

١٣٩٢٥ - وإذا وكله بأن يودع رجلًا بعينه فقال [٣] : أودعته ، ففيه وجهان [٤] .

١٣٩٢٦ - لنا : أنه أمين في الدفع إليه ؛ فالقول قوله في الدفع ، كالمودع .

١٣٩٢٧ - ولا يلزم : الوصي إذا قال : قبضت دين الميت ، أو سلمت الوصايا ، لأن القول قوله في نفي الضمان عن نفسه .

١٣٩٢٨ - فإن قيل : المعنى في المودع : أنه يدعي التسليم إلى غير [٥] من ائتمنه ، [وفي مسألتنا : يدعي التسليم إلى من ائتمنه] [٦] .

١٣٩٢٩ - قلنا : المرتهن قد ائتمن العدل ؛ لأنه يقبض له ، وهو قائم مقامه ، فكأنه

---

(١) في (ع) : [بتسليم] .

(٢) راجع المسألة في : روضة القضاة ، الفصل السابق (٤٢٢/١) ، مسألة (٢٣٧٩ - ٢٣٨١) ، حاشية ابن عابدين ، الباب السابق (٣٣٦/٥) .

(٣) لفظ : [فقال] ساقط من (م) ، (ع) .

(٤) راجع المسألة في : مختصر المزني ، الباب السابق ص٩٧ ، حلية العلماء « باب ما يدخل في الرهن وما لا يدخل إلخ » (٤٦٢/٤) ، نهاية المحتاج ، الباب السابق (٢٧٧/٤) ، المدونة ، في « الذي يأمره السلطان ببيع الرهن إلخ » (١٥٧/٤) ، الكافي لابن عبد البر ، الباب السابق (٨٢٢/٢) ، الكافي لابن قدامة « فصل : وإذا ادعى العدل دفع الثمن إلى المرتهن » (١٥٩/٢) ، المغني « فصل : فإن ادعى العدل إلخ » (٣٩٥/٤ ، ٣٩٦) .

(٥) لفظ : [غير] ساقط من (م) ، (ع) .

(٦) في (م) ، (ع) : [إلى غير من ائتمنه] ، بزيادة : [غير] ، وما بين القوسين ساقط من صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش .

ادعى الدفع إليه .

١٣٩٣٠ - احتجوا : بأن العدل مفرط في ترك الإشهاد على المرتهن ؛ لأن [١] أمره بقضاء دينه يقتضي دفعًا بينهما إلا بشهادة شاهدين .

١٣٩٣١ - قلنا : أطلق الأمر بالدفع ، فعموم الأمر يقتضي دفعًا بشهادة وبغير شهادة .

١٣٩٣٢ - ولأنه أمره بدفع مبرئ ، وقد دفع دفعًا مبرئًا ؛ لأن الدين سقط بالدفع ، وجواز أن يجحد [٢] لجواز أن يدفع بشهادة فيموت الشهود .

ولأن البراءة حاصلة عندنا ؛ لأنا [٣] نجعل القول قول العدل في براءة نفسه ، فإذا حلف لا يلزمه الضمان ، فكأن الرهن هلك في يده فأسقط حق المرتهن ، فقد حصل غرض الراهن من سقوط الدين ، فلم يجب الضمان .

* * *

(١) في (م) ، (ع) : [لأنه] .
(٢) في (م) ، (ع) : [بجحد] ، مكان : [أن يجحد] .
(٣) في (ع) : [لأن] .

مسألة ٧٠٣

جناية العبد المرهون

١٣٩٣٣ - قال أصحابنا : إذا جنى العبد المرهون جناية واختار المولى الدفع ولم يفده المرتهن ، دفع بجنايته وسقط الدين إن كان العبد مثل الدين أو أكثر (١) .

١٣٩٣٤ - وقال الشافعي : يباع في الجناية والدين بحاله (٢) .

١٣٩٣٥ - قلنا : الكلام في موجب الجناية .

١٣٩٣٦ - ولأن (٣) المولى لا يلزمه في جناية عبده أكثر من إزالة يده عنه ، كما لو كان عمدًا .

١٣٩٣٧ - وأما سقوط الدين : فمبنيٌّ (٤) على أن (٥) الرهن مضمون ، فتلفه في يد المرتهن كتلفه بالموت ، فيسقط الدين .

* * *

(١) راجع تفصيل المسألة في : مختصر الطحاوي « كتاب الرهن » ص٩٤ ، روضة القضاة ، الفصل السابق (٤٢٢/١) ، مسألة (٢٣٨٢ ، ٢٣٨٣) ، تحفة الفقهاء ، في « حكم الرهن » (٤٥/٣ ، ٤٦) ، بدائع الصنائع « فصل : وأما الذي يتعلق بحال هلاك المرهون » (١٦٦/٦) ، الهداية مع البناية « باب التصرف في الرهن والجناية عليه » (٥٦/١٢ - ٥٨) ، الهداية مع العناية وتكملة فتح القدير (١٩٢/١٠ ، ١٩٣) ، مجمع الأنهر « باب التصرف في الرهن وجنايته » (٥٨٤/٢) .

(٢) قال الشيرازي في التنبيه : « وإن جنى المرهون عمدًا اقتص منه ، وإن جنى خطأً بيع في الجناية » . راجع تفصيل المسألة في : الأم ، في « جناية العبد المرهون على الأجنبيين » (١٧٩/٣) ، مختصر المزني ، الباب السابق ص٩٦ ، ٩٧ ، التنبيه « باب الرهن » ص٧١ ، حلية العلماء « باب اختلاف المتراهنين » (٤٧٧/٤ ، ٤٧٨) ، نهاية المحتاج « فصل في جناية المرهون » (٢٩٠/٤ ، ٢٩١) ، المدونة ، في « فيمن ادعى سلعة في يدي رجل إلخ » (١٦٠/٤ ، ١٦١) ، الكافي لابن عبد البر ، الباب السابق (٨٢٢/٢) ، شرح الزرقاني ، الباب السابق (٢٥٧/٥) ، الكافي لابن قدامة « باب جناية الرهن والجناية عليه » (١٤٩/٢ ، ١٥٠) ، المغني « مسألة : إذا جنى العبد المرهون فالمجني عليه أحق برقبته » (٤٠٨/٤ ، ٤٠٩) ، الإنصاف ، الباب السابق (١٧٨/٥ ، ١٧٩) ، العدة مع العمدة « باب الرهن » ص ٢٤٩ .

(٣) في (م) ، (ع) : [فلأن] .

(٤) في (م) ، (ع) : [فيبني] .

(٥) لفظ : [أن] ساقط من صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش .



إعارة العين ليرهنها المستعير في دينه

١٣٩٣٨ - قال أصحابنا : إذا أعاره عينًا ليرهنه المستعير في دينه ، جاز ، فإن هلكت في يد المرتهن يرجع المعير على المستعير بمقدار (١) ما سقط من الدين (٢) .

١٣٩٣٩ - وللشافعي قولان ، أحدهما : أن العارية للرهن كالعارية للاستعمال ، فإذا تلفت العين ضمن المستعير قيمتها .

والقول الثاني : أن المعير ضامن الدين للمستعير بمقدار ما أدى من دينه ، فإذا قال : إنه عارية صح وإن لم يبين المقدار الذي يرهنه (٣) به ، وجنسه وصفته (٤) .

١٣٩٤٠ - وهذه المسألة مبنية على : أن الرهن مضمون ، فإذا هلك صار المرتهن مستوفيًا لدينه ، فكأن المعير أذن له في قضاء دينه من ماله ، فيرجع عليه .

١٣٩٤١ - ولأنه رهن مال غيره بدين على نفسه ، فكان تلفه من ضمانه ، أصله : إذا أذن له أن يرهنه بدين حالٍّ ، فرهنه بدين مؤجل .

١٣٩٤٢ - ولأنه جمع بين العارية والإذن في الرهن ، فصار كما لو أعاره لينتفع به ، ثم أذن له أن يرهنه .

١٣٩٤٣ - ولأن العارية [للرهن عاريةً ؛ لضربٍ من الانتفاع ؛ فكان يجب أن يتعلق بالقبض الضمانُ ، كالعارية] (٥) للاستعمال على قولهم .

---

(١) في (م) ، (ع) : [مقدار] ، بدون الباء .

(٢) راجع المسألة في : روضة القضاة « فصل : رهن المستعار » (٤٣٤/١) ، مسألة (٢٤٩٦ ، ٢٤٩٧) ، تحفة الفقهاء ، العنوان السابق (٤٦/٣) ، بدائع الصنائع « فصل : وأما الشرائط فأنواع » (١٣٦/٦) ، الهداية مع البناية « باب التصرف في الرهن إلخ » (٣٩/١٢ - ٤٢) ، الهداية مع العناية وتكملة فتح القدير (١٨٥/١٠ ، ١٨٦) ، مجمع الأنهر ، الباب السابق (٥٨١/٢) .

(٣) في (م) ، (ع) : [مقدار الدين يرهنه] .

(٤) راجع تفصيل المسألة في : نهاية المحتاج « كتاب الرهن » (٢٤٤/٤ ، ٢٤٥) ، المدونة « في الرجل يستعير السلعة ليرهنها » (١٦٩/٤ ، ١٧٠) ، شرح الزرقاني « باب الرهن » (٢٤٠/٥) ، جواهر الإكليل ، « باب الرهن » (٧٩/٢) .

(٥) ما بين المعكوفتين : ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش .

مسألة ٧٠٥

رهن المكاتب بمال الكتابة

١٣٩٤٤ - قال أصحابنا : إذا رهن المكاتب بمال الكتابة رهنًا جاز [١] .

١٣٩٤٥ - وقال الشافعي : لا يجوز [٢] .

لنا : أنه دين يصح استيفاؤه ، فصح أخذ الرهن به ، كسائر الديون .

١٣٩٤٦ - ولأنه دين على المكاتب ؛ فجاز أخذ الرهن به ، كأثمان البياعات .

ولأنه بدل عن العتق ؛ فجاز أخذ الرهن به ، كالبدل في العتق على مال .

١٣٩٤٧ - قالوا : المعنى في جميع هذه الديون : أنه يجوز أخذ الكفالة بها فجاز أخذ الرهن بها ، فلما لم تجز الكفالة بمال الكتابة لم يجز أخذ الرهن به .

١٣٩٤٨ - قلنا : علة الأصل تبطل بضمان الدرك [٣] الذي تجوز الكفالة به ، ولا يجوز أخذ الرهن به .

١٣٩٤٩ - وعلة الفرع لا تصح [٤] ، لأن الدين لو ثبت في ذمة الكفيل ثبت ثبوتًا صحيحًا ، ودين الكتابة [٥] ليس بدين صحيح ، فلا يجوز أن يثبت في ذمة الكفيل

---

(١) راجع المسألة في : روضة القضاة « فصل : رهن المكاتب » (٤٢٢/١) ، مسألة (٢٣٨٧ - ٢٣٨٩) ، تحفة الفقهاء ، في « بيان ما يصلح مرهونًا » (٤٠/٣) ، الهداية مع البناية « باب ما يجوز ارتهانه إلخ » (٥٩٣/١١ ، ٥٩٤) ، الهداية مع تكملة فتح القدير ، نفس الباب (١٥٨/١١) ، كنز الدقائق « باب ما يجوز ارتهانه والارتهان به وما لا يجوز » ص ١٧٣ .

(٢) راجع المسألة في : الأم في « جماع ما يجوز رهنه » (١٥٠/٣) ، التنبيه ، الباب السابق ص٧٠ ، المهذب مع تكملة المجموع الثانية « فصل : ويجوز أخذ الرهن على دين السلم وعوض القرض » (١٨٠/١٣) ، حلية العلماء « كتاب الرهن » (٤٠٧/٤ ، ٤٠٨) ، نهاية المحتاج « كتاب الرهن » (٢٥٢/٤) ، المدونة « فيمن ارتهن عبدًا فادعى أنه أبق إلخ » (١٦٨/٤) ، حاشية البناني بهامش الزرقاني « باب الرهن » (٢٤٧/٥) ، جواهر الإكليل ، الباب السابق (٨٢/٢) ، الكافي لابن قدامة « فصل : ولا يجوز الرهن بمال الكتابة » (١٢٩/٢) ، المغني ، في « رهن المكاتب » (٣٧٦/٤) ، الإنصاف ، الباب السابق (١٤٠/٥) .

(٣) قال العيني : « الدرك في اللغة : عبارة عن التبعية من كل شيء ، ويراد به ضمان الثمن عند استحقاق المبيع » . والكفالة بالدرك جائزة بلا خلاف إلا في قول من الشافعي لا يصح ، وأحمد في رواية . راجعه في : البناية مع الهداية ، الباب السابق (٥٨٨/١١) .

(٤) في (م) : [لا يصح] .

(٥) في (م) ، (ع) : [المكاتبة] .

أقوى من ثبوته في ذمة صاحب الأصل .

١٣٩٥٠ - فأما الرهن : فهو مال المكاتب ، فالدين يتعلق به على الوجه المتعلق بذمته ، فلا يكون أكمل من ثبوته في ذمة صاحب الأصل .

١٣٩٥١ - احتجوا : بأن الرهن وثيقة في دين يستوفي الدين منها ، فوجب أن لا يصح في دين الكتابة ، أصله : إذا ضمن الحرُّ عن المكاتب .

١٣٩٥٢ - الجواب [١] : إنما لا يصح الضمان ؛ لأن من حكمه : أن يثبت في ذمة الضامن [على الوجه الثابت في ذمة المضمون ، ودين الكتابة ناقص في ذمة] [٢] المكاتب ، لأنه دين المولى على عبده ، فلو تكفل الحرية [٣] لثبت في ذمته كاملًا ، وهذا لا يصح ؛ فأما الرهن فإنما يراد لإبقاء الدين ، وهذا المعنى صحيح في أكساب المكاتب .

١٣٩٥٣ - قالوا : من حكم الدين : أن يتعلق بالرهن تعلقًا صحيحًا ، كما يتعلق بذمة الكفيل [٤] .

١٣٩٥٤ - قلنا : المعنى الموجب لنقص مال الكتابة : أنه دينه على عبده ، فإذا تعلق بالرهن فهو دينه تعلق بالكسب الذي هو على حكم ملكه ، فيثبت [٥] فيه كثبوته في الذمة ناقصًا ، فلذلك افترقا .

١٣٩٥٥ - قالوا : دين الكتابة ليس بثابت [٦] ، ولا يؤول إلى [٧] الثبوت ؛ فلم يجز الرهن به .

١٣٩٥٦ - قلنا : هذا ثابت عندنا ، لأن المكاتب لا يملك أن يسقطه [٨] عن نفسه مع القدرة على الكسب ، إنما يجوز أن يسقط بالعجز ، وهذا المعنى لا يمنع من جواز الرهن ، كما يجوز بثمن المبيع وإن جاز أن يسقط [٩] بهلاك المبيع قبل القبض ورده بالعيب [١٠] والخيار .

---

(١) في (م) ، (ع) : [قلنا] ، مكان : [الجواب] .

(٢) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش .

(٣) في (ع) : [يكفل الحر] .

(٤) قاعدة : « الدين يتعلق بالرهن تعلقًا صحيحًا كما يتعلق بذمة الكفيل » .

(٥) في (م) ، (ع) : [فثبت] .

(٦) في (م) ، (ع) : [ليس هو بثابت] ، بزيادة : [هو] .

(٧) حرف : [إلى] ساقط من صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش .

(٨) في (م) ، (ع) : [أن يسقط] ، بدون الهاء .

(٩) في (م) ، (ع) : [فإن جاز أن سقط] ، مكان المثبت .

(١٠) في (م) ، (ع) : [بالمعيب] .

مسألة ٧٠٦

تزويج الراهن الجارية المرهونة ، ومنع المرتهن زوجها من وطئها

١٣٩٥٧ - قال أبو حنيفة ، ومحمد : يجوز للراهن تزويج الجارية المرهونة ، وللمرتهن منع الزوج من وطئها .

١٣٩٥٨ - وذكر الطحاوي : أنه استحسان .

١٣٩٥٩ - وذكر عن أبي يوسف روايتين ، إحداهما : للمرتهن فسخ النكاح [١]

١٣٩٦٠ - وقال الشافعي : إذا زوجها بغير إذن المرتهن ، لم يصح .

١٣٩٦١ - وقال في المبيعة - إذا لم يكن سلم الثمن - : مثل ذلك [٢] .

لنا : قوله تعالى ﴿ وَأَنكِحُوا۟ ٱلْأَيَـٰمَىٰ مِنكُمْ وَٱلصَّـٰلِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَآئِكُمْ ﴾ [٣] ، ولم يفصل .

١٣٩٦٢ - ولأنها محبوسة للاستيفاء ، فكان لمالكها تزويجها ، كالمستأجرة .

١٣٩٦٣ - ولأنه عقد يقصد به المنفعة ، فجاز أن ينعقد من الراهن ، وإنما ينعقد موقوفًا [٤] بغير رضا المرتهن ، كعقد الإجارة .

١٣٩٦٤ - وهذا مسلم على المذهبين ، لأن عندنا عقود الراهن تنعقد موقوفةً ، وعندهم [٥] : إجازته صحيحة .

١٣٩٦٥ - احتجوا : بأن التزويج ينقص قيمة الرهن ؛ فلم يملك ذلك الراهن بغير

---

(١) راجع المسألة في - روضة القضاة « فصل في تزويج الأمة المرهونة » (٤٢٣/١) ، مسألة (٢٣٩٠ ، ٢٣٩١) .

(٢) لفظ : [مثل] ساقط من صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش .

راجع المسألة في : الأم « كتاب الرهن الكبير » في « زيادة الرهن » (١٦٤/٣) ، المهذب مع تكملة المجموع الثانية « فصل : وأما ما فيه ضرر بالمرتهن إلخ » (٢٣١/١٣) ، حلية العلماء ، في « ما يدخل في الرهن وما لا يدخل » (٤٤٠/٤) ، نهاية المحتاج « كتاب الرهن » (٢٦٢/٤ ، ٢٦٣) ، المدونة ، في « الرجل يرهن أمته إلخ » (١٧٥/٤) ، شرح الزرقاني « باب الرهن » (٢٥٢/٥) ، الكافي لابن قدامة « فصل : ولا يملك الراهن بيع الرهن إلخ » (١٤٣/٢) ، المغني « وإن تصرف الراهن بغير العتق إلخ » (٤٠١/٤ ، ٤٠٢) .

(٣) سورة النور : الآية ٣٢ .

(٤) في جميع النسخ : [موقوفة] .

(٥) في (م) ، (ع) : [وعندكم] .

١٦٠/ب إذن المرتهن ، أصله : لبس الثوب المرهون ، وصبغه ، ونقض [(١)] الدار المرهونة / .

١٣٩٦٦ - الجواب [(٢)] : أنه يبطل على أصلهم بالإجارة ، وإنما يصح من الراهن ، وهي توجب نقص الثمن ، لاسيما إذا طالت مدتها .

١٣٩٦٧ - ولأن عندنا إذا عقد عقدًا لا ينفسخ نفذ [(٣)] في الرهن ، فإن أتلف القيمة بالتدبير والعتق بعوض والنكاح لا ينفسخ عندنا فينفذ ، وإن أثر في نقصان القيمة .

١٣٩٦٨ - قالوا : الراهن لا يملك وطأها ولا تسليمها للوطء مع عدم الضرر بالموطوءة ، فوجب أن لا يملك تزويجها كالأجنبي .

١٣٩٦٩ - قلنا : الراهن مالك لوطئها ؛ بدلالة : أنها [(٤)] إذا وطئت شبهة كان المهر له ، وإنما يتعذر تسليمها للوطء لحق المرتهن ، ولا يمكن تسليمها للوطء لحقه ، وتعذر [(٥)] التسليم لا يمنع انعقاد النكاح ، كالأمة المغصوبة والآبقة .

١٣٩٧٠ - قالوا : إجارة تعلق بها دين آدمي ، فوجب أن لا يجوز تزويجها بغير إذن من له الدين ، كالجارية المأذونة إذا كان عليها دين .

١٣٩٧١ - قلنا : قد بينا أن الجارية المأذونة يتلقاها المولى منه ، وتعلق حقه بها يمنع تزويجها إذا كان مكاتبًا ، فتعلق حق الغرماء المقدم على دين العبد أولى أن يمنع ؛ وفي مسألتنا : الجارية على ملك المولى ، وهو ممن يملك التزويج ، فتعذر تسليمها لا يمنع تزويجها .

* * *

---

(١) في (م) ، (ع) : [وبعض] .
(٢) في (م) ، (ع) : [والجواب] ، بالعطف .
(٣) قوله : [لا ينفسخ] مكرر في (ص) ، وفي (م) ، (ع) : [لا ينفسخ عندنا لا ينفسخ بعد] ، مكان : [لا ينفسخ نفذ] .
(٤) قوله : [أنها] ساقط من صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش .
(٥) في (م) ، (ع) : [ومعذر] .



مسألة ٧٠٧

الشرط الفاسد في الرهن

١٣٩٧٢ - قال أصحابنا : إذا شرط في الرهن شرطًا فاسدًا ، صح الرهن ، وبطل الشرط [١] .

١٣٩٧٣ - وقال الشافعي : إذا كان الشرط الفاسد ينقص في حق المرتهن ؛ بطل الرهن قولًا واحدًا ، مثل : أن يشترط أن لا يسلم الرهن إليه أو لا [٢] يبيعه في محله ، أو يبيعه [٣] بعد شهر ، أو لا يبيعه إلا برضا [٤] الراهن ، أو برضا غيره .

فإن كان يزيد في حق المرتهن ، مثل [٥] : أن يشترط دخول الولد والثمرة ، ففيه قولان : أحدهما : يبطل الشرط ويصح العقد ، والثاني : يبطل العقد [٦] .

١٣٩٧٤ - لنا : حديث أبي هريرة ﷺ ، أن النبي ﷺ قال : « لا يُغلق الرهن » [٧] .

١٣٩٧٥ - وروي عن النخعي ، وطاووس أنهما قالا : « كانوا يرهنون ويقولون : إن جئناك بالمال إلى وقت كذا وإلا فهو لك ، فقال النبي ﷺ : لا يغلق الرهن » [٨] .

وتأوله على ذلك مالك ، وسفيان [٩] .

---

(١) راجع المسألة في : روضة القضاه [فصل : الشرط الفاسد في الرهن] (٤٢٣/١) ، مسألة (٢٣٩٥ ، ٢٣٩٦) .

(٢) في (م) ، (ع) : [أو لا] . (٣) في (ع) : [بيعه] .

(٤) في (م) : [لا برضا] . (٥) في (م) ، (ع) : [قبل] ، مكان : [مثل] .

(٦) قال الشيرازي في التنبيه : « وإن شرط في الرهن شرطًا ينافي مقتضى الرهن : فإن كان ينفع الراهن بطل الرهن ، وان كان ينفع المرتهن ففيه قولان ، أصحهما : أنه يبطل » . راجع المسألة في : مختصر المزني « باب ما يفسد الرهن من الشروط وما لا يفسده وغير ذلك » ص١٠٠ ، التنبيه ، الباب السابق ص٧١ ، المهذب مع تكملة المجموع الثانية « فصل : ويجوز أن يجعل الرهن في يد المرتهن » (٢٢٥/١٣) ، نهاية المحتاج « كتاب الرهن » (٢٣٥/٤ ، ٢٣٦) ، شرح الزرقاني « باب الرهن » (٢٤١/٥ ، ٢٤٢) ، جواهر الإكليل ، الباب السابق (٨٠/٢) ، الكافي لابن قدامة ، « فصل : فإن شرط ما ينافي مقتضى الرهن » (١٦١/٢ ، ١٦٢) ، المغني « فصل : والقسم الثاني : الشروط الفاسدة » (٤٢٣/٤) ، الإفصاح « باب الرهن » (٣٦٩/١) ، الإنصاف ، الباب السابق (١٦٦/٥ ، ١٦٧) . (٧) تقدم تخريجه في مسألة (٦٧٨) .

(٨) قول النخعي : تقدم تخريجه في مسألة (٦٧٨) ، وأما قول طاووس : فقد أخرجه عبد الرزاق في المصنف « كتاب البيوع » ، « باب الرهن لا يغلق » (٢٣٨/٨) ، الأثر (١٥٠٣٦) ، والطحاوي في المعاني « كتاب الرهن » ، « باب الرهن يهلك في يد المرتهن كيف حكمه » ، (١٠١/٤) .

(٩) راجع تأويل مالك في الموطأ « كتاب الأقضية » ، « باب ما لا يجوز من غلق الرهن » ، (٧٢٩/٢) ، ضمن

١٣٩٧٦ - وقد أبطل ﷺ هذا الشرط ، ولم يبطل الرهن .

وقال أبو عبيد : لا يجوز في لغة العرب أن يقال للرهن إذا ضاع : قد غلق ، وإنما يقال : غلق ، إذا استحقه المرتهن [(١)] .

١٣٩٧٧ - ولأنه عقد من شرط تمامه القبض ، فوجب أن لا يبطل بالشرط ، كالعُمرَي [(٢)] .

١٣٩٧٨ - فإن قيل : قال الشافعي في قوله القديم : الشرط صحيح ، ويرجع العُمرَي بعد الموت إلى الواهب .

١٣٩٧٩ - قلنا : فالتعليل إنما يقع أنها لا تبطل بالشرط وإن خالف مقتضى العقد ، وقد سلمتم هذا .

١٣٩٨٠ - على أن هذا أصل قد دلَّ النصُّ عليه ، وهو قوله ﷺ : « من أُعْمِرَ عُمرَي فهي للمعمَر حياته ، ولورثته من بعده » [(٣)] .

١٣٩٨١ - فإن قيل : نسلم هذا الأصل على قوله الجديد ، إلا أن الفرق بينهما : أن مقتضى الهبة أن يملكها الموهوب له إلى أن يموت ، فإذا شرط عودها بعد موته ، فهذا شرط على ورثته ، [وذلك لا يخالف مقتضى العقد .

١٣٩٨٢ - قلنا : مقتضى العقد أن ينتقل إلى ورثته] [(٤)] ، كسائر أملاكه ، فمتي شرط انتقالها إلى غيرهم فقد شرط خلاف مقتضى العقد .

= الحديث (١٣) ، وراجع تأويل مالك وسفيان في المعاني للطحاوي ، في نفس المصدر السابق (١٠١/٤) .

(١) هكذا ذكره الجصاص في أحكام القرآن ، في « باب ضمان الرهن » (٥٢٨/١) ، وابن منظور في لسان العرب ، مادة : « غلق » (٣٢٨٤/٥) .

(٢) العُمرَي : أن يدفع الرجل إلى أخيه دارًا فيقول : هي لك عُمري أو عُمرَك ، أينما مات دفعت الدار إلى أهله . راجع : النهاية « باب العين مع الميم » (٢٩٨/٣) ، مختار الصحاح ، مادة : « عمر » ص٤٥٤ ، لسان العرب (٣١٠١/٤) .

(٣) أخرجه الطحاوي في المعاني « كتاب الهبة والصدقة » ، « باب العمري » (٩١/٤ ، ٩٣) ، ومسلم في الصحيح « كتاب الهبات » ، « باب العمري » (١٢٤٥/٣) ، الحديث (١٦٢٥/٢٠) وأبو داود في السنن « كتاب البيوع » ، « باب في العمري » (٢٨٨/٢) ، والترمذي في السنن « كتاب الأحكام » ، « باب ما جاء في العمري » (٦٢٣/٣) ، الحديث (١٣٥٠) ، وابن ماجه في السنن « كتاب الهبات » ، « باب العمري » (٧٩٦/٢) ، الحديث (٢٣٨٠) .

(٤) ما بين المعكوفتين : ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش .

١٣٩٨٣ - فإن قيل : يبطل إذا رهن يومًا ، ويومًا لا .

١٣٩٨٤ - قلنا : يبطل الرهن بالشرط . وإنما يبطل لأنه عقد على زمان دون زمان ، فلم يجز إثبات العقد فيما لم يعقد فيه ، ولم يصح تبقية العقد ، لأن استحقاق القبض على الدوام لا يوجد .

ولأنه شرط لو عري الرهن عنه صح ، فوجب أن لا يبطله ، أصله : إذا شرط أن يبيعه العدل .

١٣٩٨٥ - احتجوا : بأنه شرط فاسد قارن عقد الرهن ، فوجب أن يفسده ، أصله : إذا رهنه يومًا ويومًا لا .

١٣٩٨٦ - الجواب [١] : أن هذا العقد يفسد بشرط قارنه ، وإنما عَقَدَ زمانا دون زمان ، فلم يجز إثبات العقد في زمان لم يعقد عليه ، ولم يجز إثباته مؤقتًا ، لأن الرهن لا يتوقف .

١٣٩٨٧ - قالوا : رهن لا يصح في المشاع ، فلم يصح في المقسوم ، أصله : الرهن المجهول ، والرهن بضمان الدرك .

١٣٩٨٨ - قلنا : العقود التي تتم بالقبض تبطلها الجهالة ، ولا تبطلها الشروط ، كالهبة [٢] .

وأما ضمان الدرك فهو رهن بحق لم يجب ، ووجوبه لا يقف على فعلها ، فلم يصح الرهن به ، وفي مسألتنا بخلافه .

* * *

(١) في (م) ، (ع) : [والجواب] ، بالعطف .

(٢) قاعدة : « العقود التي تتم بالقبض تبطلها الجهالة ولا تبطلها الشروط كالهبة » .



نماء الرهن

١٣٩٨٩ - قال أصحابنا : نماء الرهن يدخل في الرهن ، مثل : الولد ، واللبن ، والصوف ، والثمر [١] .

١٣٩٩٠ - وقال الشافعي : لا يدخل ذلك في الرهن [٢] .

١٣٩٩١ - لنا : ما روي « أن نخلًا مثمرةً مرهونةً عند المرتهن ، فطالب الراهن برد الثمرة عليه ، فاختصما إلى معاذ (فقضى) بكون الثمر رهنًا ، وبإمساكه للمرتهن » [٣] .

١٣٩٩٢ - وروي عن حذيفة بن اليمان مثل ذلك [٤] ؛ ولا مخالف لهم .

---

(١) في (م) ، (ع) : [والصوف واللبن والتمر] ، مكان المثبت . راجع المسألة في : مختصر الطحاوي « كتاب الرهن » ص٩٤ ، ٩٥ ، الكتاب مع اللباب « كتاب الرهن » (١٢/٢) ، متن القدوري « كتاب الرهن » ص ٤١، تحفة الفقهاء ، في « حكم الرهن » (٤٢/٣) ، بدائع الصنائع « فصل : في شرائط الرهن » و « فصل : حكم الرهن » (١٣٩/٦ ، ١٥٢) ، الهداية مع البناية « فصل : ومن رهن عصيرًا » (٦٩/١٢) وما بعدها ، الهداية مع تكملة فتح القدير (١٩٧/١٠) وما بعدها ، كنز الدقائق « فصل : رهن عصيرًا » ص ١٧٦ .

(٢) راجع المسألة في : الأم ، في « زيادة الرهن » (١٦٣/٣ ، ١٦٤) ، التنبيه ، الباب السابق ص٧١ ، المهذب مع تكملة المجموع الثانية « باب ما يدخل في الرهن وما لا يدخل » (٢٢٦/١٣ - ٢٣٠) ، حلية العلماء « باب ما يدخل في الرهن وما لا يدخل » (٤٣٤/٤ ، ٤٣٥) ، رحمة الأمة « فصل : زيادة الرهن ونماؤه » ص١٥١ ، المدونة « فيمن ارتهن شجرًا هل تكون ثمرتها رهنًا معها » ، و « فيمن ارتهن غنمًا فولدت في الرهن إلخ » (١٥٤/٤ ، ١٥٥ ، ١٥٦) ، المنتقى ، في « القضاء في رهن الثمر والحيوان » (٢٤٠/٥ ، ٢٤١) ، بداية المجتهد « القول في الأحكام » (٢٩٩/٢) ، المقدمات الممهدات « فصل : المرتهن ليس له من نماء الرهن ولا من غلته شيء » (٣٧٠/٢ ، ٣٧١) ، قوانين الأحكام الشرعية « الباب الخامس في الرهون » ص٣٣٥ ، المسائل الفقهية ، في « رجوع نماء المبيع المنفصل الخ » (٣٧٣/١ ، ٣٧٤) ، الإفصاح ، الباب السابق (٣٦٨/١) ، الكافي لابن قدامة « باب ما يدخل في الرهن وما لا يدخل » (١٤١/٢) ، المغني « مسألة : غلة الدار وخدمة العبد إلخ » (٤٣٠/٤ ، ٤٣١) ، الإنصاف ، الباب السابق (١٥٨/٥ ، ١٥٩) .

(٣) في جميع النسخ : [فاختصما إلى معاذ بكون الثمر] ، وقد زدنا ما بين القوسين ليصح المعنى . ولم نجد هذا الأثر بهذا اللفظ . وقد روى عبد الرزاق ما في معناه بلفظ : « قال في كتاب معاذ بن جبل : من ارتهن أرضًا فهو يحسب ثمرها لصاحب الرهن ، من عام حج النبي ﷺ » . في المصنف « كتاب البيوع » ، « باب ما يحل للمرتهن من الرهن » (٢٤٥/٨) ، الأثر (١٥٠٧٢) ، والبيهقي في الكبرى « كتاب الرهن » ، « باب ما جاء في زيادات الرهن » (٣٩/٦) .

(٤) لم نعثر على هذا الأثر من وجه حذيفة بن اليمان ﷺ بعد .

١٣٩٩٣ - ولا يجوز أن يحمل ذلك بأن [1] كانت موجودة عند العقد ، لأن قوله : أثمرت عند المرتهن ، فدلَّ على حدوث [2] الثمرة عنده ، فلم يجز إسقاط السبب المنقول وتعليق الحكم بسبب لم ينقل [3] .

ولأنه نماء من نفس الرهن ؛ فجاز أن يدخل في الرهن [تبعًا ، كالنماء المتصل .

١٣٩٩٤ - أو نقول : نماء مملوك من نفس الرهن ؛ فوجب أن يتبع الأصل في الرهن ، كأغصان الشجرة .

١٣٩٩٥ - أو نقول : نماء من نفس الرهن لو كان موجودًا في الابتداء صح أن يدخل في الرهن] [4] .

١٣٩٩٦ - ولا يلزم : إذا وَطِئَ المرهونة واطئ بالغرور أن الولد حر ولا يدخل في الرهن ؛ لأن العلة الأولى في الجواز .

والثانية [قلنا] : نماء مملوك .

والثالثة [قلنا] [5] : يصح دخوله في الرهن ابتداء بعينه ، فقامت قيمته مقامه ، كما لو أعتق الراهن ولد المرهونة .

١٣٩٩٧ - ولأن ما تبع الشاة الأضحية تبع المرهونة ، أصله : ما ذكرنا [6] .

١٣٩٩٨ - فإن قيل : المعنى في الزيادة المتصلة : أنها غير متميزة من العين ، والولد بخلافه .

١٣٩٩٩ - قلنا : علة الأصل تبطل بمن رهن نصف داره ، والنصف الآخر غير مميز من المرهون .

وعلة الفرع تبطل بأغصان الشجر ، وبأرش الأعضاء [7] أنه متميز عن الرهن ، وهو داخل في الجنس .

---

(١) في (م) ، (ع) : [بمن] ، مكان : [بأن] .

(٢) في (م) ، (ع) : [حديث] .

(٣) قاعدة : « لا يجوز إسقاط السبب المنقول وتعليق الحكم بسبب لم ينقل » .

(٤) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش .

(٥) في (ص) ، (م) : [والثالث] ، والزيادة من (م) ، (ع) .

(٦) في (م) ، (ع) : [ولأن ما بيع الشاة المرهونة لأضحية بيع المرهونة أمثلة ما ذكرنا] ، مكان المثبت .

(٧) في (م) ، ع : [الشجرة وبارس الأغصان] ، مكان المثبت .

١٤٠٠٠ - فإن قيل : المعنى في الزيادة المتصلة : أنها لو كانت موجودةً حال [1] العقد ، [لم يصح إفراد الأصل بالعقد دونها ، وليس كذلك المنفصلة ، لأنها لو كانت موجودةً عند العقد] [2] ، صح إفراد الأصل بالعقد دونها .

١٤٠٠١ - قلنا : علة الأصل تبطل بالحمل الموجود [3] عند العقد لا يصح إفراد الأم بالرهن دونه ، ولا يدخل في الرهن .

١٤٠٠٢ - وعلة الفرع تبطل بولد الهدي ، لأنه لو [4] كان موجودًا عند الإيجاب صح الإيجاب [في الأم ، فالرهن دونه ولا يدخل ، فإذا وجد بعد الإيجاب] [5] تبع الأصل .

١٤٠٠٣ - فإن قيل : المعنى في الزيادة المتصلة : أن حق ولد الجناية تعلق بها ، وليس كذلك الزيادة المنفصلة ؛ لأن حق ولد [الجناية] [6] لا يتعلق بها ، فلم يتعلق بها حق المرتهن .

١٤٠٠٤ - قلنا : حق ولد الجانية ليس له حبس الجانية [7] ، والمرتهن له حبس المرهونة .

١٤٠٠٥ - ولأنه [8] عقد لا ينعقد إلا في مملوك ، [فالولد الذي كان حملًا حال العقد يتبع الأم فيه ، كالبيع .

١٤٠٠٦ - أو نقول : عقد لا يصح إلا في مملوكة] [9] ، كاللبن الذي يحلب بعد العقد يثبت [10] فيه حق الحبس ، كاللبن الموجود في الضرع حال البيع [11] .

١٤٠٠٧ - ولأنه حق معلق ينتقل إلى جميع القيمة بكل حال ، فوجب أن يتعلق بالولد [الحادث ، كإيجاب الهدي ، والأضحية .

١٤٠٠٨ - أو نقول : فوجب أن يتعلق بالولد] المتصل [12] بهذا العقد ، كالولد

---

(١) في (م) ، (ع) : [عند] ، مكان : [حال] .

(٢) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) .

(٣) في (م) ، (ع) : [الموجودة] .

(٤) لفظ : [لو] ساقط من (ع) .

(٥) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش .

(٦) الزيادة : من (م) ، (ع) .

(٧) في (م) ، (ع) : [جنس الجناية] .

(٨) في (م) ، (ع) : [جنس المرهونة ولا] ، مكان : [حبس المرهونة ولأنه] .

(٩) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش .

(١٠) لفظ : [يثبت] ساقط من (م) ، (ع) .

(١١) في (م) ، ع : [المبيع] .

(١٢) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش ، وفي (م) ، (ع) : [المنفصل] ، مكان : [المتصل] .

المنفصل في مجلس البيع ، أو في مدة الخيار .

١٤٠٠٩ - ولا يلزم : المستأجرة والموصي بخدمتها ، لأن الحق لا يتعلق برقبتهما ، وإنما يتعلق بمنافعهما .

١٤٠١٠ - ولأن حق المستأجر لا ينتقل إلى القيمة [وحق الموصى له لا ينتقل إلى القيمة] [1] ، وإنما ينقل إلى جارية مثلها .

١٤٠١١ - ولا يلزم : الدية ، لأن العين لا تنتقل إلى قيمتها ، وإنما تنتقل إلى مقدار الرهن من القيمة .

١٤٠١٢ - ولكنْ للمرتهن حقًّا ثابتًا [2] في الرقبة يسري إلى القيمة ، وينتقل إلى الورثة ، فوجب أن يسري إلى الولد ، [كالملك .

١٤٠١٣ - ولا يلزم : حق ولد] [3] ، الجناية ؛ لأنه ليس بثابت في الرقبة ، ألا ترى : أن للمولى أن يسقط عنها باختيار الفداء مع تقاضي حق [4] المجني عليه .

١٤٠١٤ - ولا يلزم : المستأجرة والموصي بخدمتها ؛ لأن الحق في المنافع ، ولا يتعلق برقبتهما .

١٤٠١٥ - ولا يلزم : أيضًا الضامنة ؛ لأنها إن كانت حرة فالحق يثبت في ذمتها لا في رقبتها ، وإن كانت ثابتة فالحق يسري إلى ولدها [5] .

١٤٠١٦ - ولا يلزم : إذا عجل المستأجر الأجرة ثم انفسخت الإجارة ، فللمستأجر حق الحبس حتى يسترجع الأجرة ؛ لأن له أن يحبس الدار عندنا [6] ، كما أن للبائع أن يحبس الولد .

١٤٠١٧ - احتجوا بقوله ﷺ ، وبالإجماع [7] الذي ذكروه .

١٤٠١٨ - احتجوا بقوله ﷺ : « [لا يغلق] [8] الرهن على راهنه الذي رهنه ، له

---

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش .

(٢) في جميع النسخ : [حق ثابت] بالرفع ، وأن هنا مخففة من الثقيلة وغيرها جملة اسمية واسمها ضمير الشأن محذوف .

(٣) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) . (٤) لفظ : [حق] ساقط من (م) ، (ع) .

(٥) تكررت الإشارة إلى عدم سريان ما يثبت على الضامنة لولدها في آخر هذه المسألة في الفقرة ١٤٠٤٧ .

(٦) في (م) ، (ع) : [لأن له يحبس الدار عندها] ، مكان المثبت .

(٧) في (م) ، (ع) : [الإجماع] ، مكان : [وبالإجماع] .

(٨) الزيادة : [من كتب الحديث] .

غنمه ، وعليه غرمه » [١] ، فأضاف الملك [٢] إليه بلام الملك ، فثبت أنه له ، ينفرد به .

١٤٠١٩ - الجواب : أن هذا من كلام سعيد بن المسيب ، ولم يصح [٣] عن رسول الله ﷺ ، وسنبينه فيما بعد .

١٤٠٢٠ - ولأن هذا يفيد ملك الراهن بالغنم ، وملكه [٤] لا ينافي ثبوت حق المرتهن فيه ، كأصل الرهن .

ولأن النبي ﷺ جعل للراهن [٥] غنم الرهن ، وغنم الشيء في حكمه .

١٤٠٢١ - فإن قيل : قوله : « له غنمه « يقتضي أن يكون له الملك والتصرف .

١٤٠٢٢ - قلنا [٦] : ملك المشتري لا يقتضي ملك التصرف ، وإنما يثبت [٧] الملك للإنسان مع سقوط الحقوق عنه ، فيملك التصرف فيه ، وقد اختلفنا [٨] في سقوط الحقوق عنه .

١٤٠٢٣ - فإن قيل : ملك الراهن للنماء لا يشكل ، فثبت أنه ﷺ أثبت له التصرف .

١٤٠٢٤ - قلنا : بل هو أمر مشكل ، لأن من الفقهاء من يقول : بأن النماء لمن يملك أن ينفق على الرهن ، وقد كان / ثابتًا في ابتداء الرهن ثم نسخ . ١٦١/أ

١٤٠٢٥ - قالوا : حق استيفاء تعلق بالأم ؛ فوجب أن لا يسري إلى ولدها ، كالأمة الجانية .

١٤٠٢٦ - قلنا : الوصف غير مسّلم ، لأن حق المولى لا يستوفي من الجانية ، وإنما يخاطب المولى بجنايتها ، كما تخاطب العاقلة بجناية الحر ، فإما أن يفدي وينقل [٩]

---

(١) تقدم تخريجه في مسألة (٦٧٨) .

(٢) في (م) ، (ع) : [الغنم] ، مكان : [الملك] .

(٣) في (م) ، (ع) : [لم يصح] ، بدون الواو .

(٤) في (ص) : [ملك] ، مكان : [وملكه] ، وفي (م) ، (ع) : [وملكه لا ينافي حق ثبوت المرتهن منه ، كأصل الرهن ولأنه] ، مكان المثبت ، ولفظ : [حق] ساقط من صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش .

(٥) في (م) : [الراهن] ، وفي (ع) : [الرهن] ، مكان [للراهن] .

(٦) في (م) ، (ع) : [فلما] ، مكان : [قلنا] .

(٧) في (م) ، (ع) : [ثبت] .

(٨) في (م) ، (ع) : [اختلفا] .

(٩) في (ع) : [وينتقل] .

الحق إلى ذمته ، أو يسلمها إلى وليّ الجناية ويسقط [١] الجناية بملكه لها ، فأما أن يستوفي الحق فلا .

١٤٠٢٧ - ومنهم من غيّر هذه العلة ، فقال : حق يتعلق بعين قد يستوفي من ذمة المولى إن اختار ذلك ، أو يدفعها ويسقط الحق بملك ولي الجناية [٢] لها - هو المعنى في الجناية ، لأنه حق لا ينتقل [٣] إلى جميع القيمة بكل حال ، ألا ترى : أن الأرش إذا كان أقل من القيمة يثبت حق ولي الجناية [٤] في مقدار الأرش ، وإذا لم يتعلق بكل البدل ، فأولى أن لا يتعلق بالولد ، وحق المرتهن تعلق بجميع القيمة في كل الأحوال ، فصار لحق المالك كالحق المتعلق بالهدي

ولأن الجناية إذا لم يكن حكمها الجاني تعلقت بعاقلته دون غيرهم ، والمولى في حكم عاقلة المملوك ، فإذا خوطب بجناية الأمة لم يتعلق بالولد ، لأنه ليس بعاقلة لها .

١٤٠٢٨ - وأما الرهن فهو حق مالٍ تأكد في الرقبة ، فيجوز أن يتعلق بولدها بحق الملك .

١٤٠٢٩ - قالوا : كل ما لا يتبع الجانية في الجانية [٥] لا يتبع المرهونة في الرهن [٦] ، كالكسب .

١٤٠٣٠ - قلنا : يبطل بما زاد [٧] على أرش الجناية من قيمة الجانية [٨] إذا قتلت ، فإنه لا يتبع الجانية حتى تتعلق الجناية به ، ويتبعه الإمساك في الرهن ، لأن المرتهن يحبس جميع القيمة [٩] وإن زادت على الدين .

١٤٠٣١ - وأما الكسب : فيجوز أن ينفرد عن الرقبة المملوكة ، فيملك عين مالكها ، كالموصي له بالغلة [١٠] والمستأجر ، والغاصب ، فلأن ينفرد عن حق الحبس في

---

(١) في (م) ، (ع) : [قد سقط] ، مكان : [ويسقط] .
(٢) في (م) ، (ع) : [وسقط الحق بملك وإن الجناية] ، مكان المثبت .
(٣) في (ص) : [أنه حق لا ينقل] ، مكان المثبت .
(٤) في (م) ، (ع) : [ثبت حق وأن الجناية] ، مكان المثبت .
(٥) في (م) ، (ع) : [الجانية] ، مكان : [الجناية] .
(٦) الزيادة : من (م) ، (ع) .
(٧) في (م) ، (ع) : [ما زاد] ، بدون الباء .
(٨) قوله : [من قيمة الجانية] ساقط من (ع) ، وفي (م) : [الجناية ، مكان : [الجانية] .
(٩) في (م) ، (ع) : [جميع القيمة هو] ، بزيادة : [هو] .
(١٠) في (م) ، (ع) : [بالعلة] ، بالعين المهملة ، وهو خطأ .

الرهن أولى .

١٤٠٣٢ – وأما الولد : فلا ينفرد عنها في الملك مع كونه مملوكًا ، ولا ينفرد بحبس الجنس [١] في الرهن ؛ لأن الحقوق المتأكدة في الرقاب تسري إلى الأولاد ، كحق [٢] الملك ، والاستيلاد ، والتدبير عندنا ، وولد الكتابة [٣] وولد الأضحية على المذهبين ، وولد المغصوبة عندهم ، ولا تسري هذه الوقوف إلى الأكساب [٤] ؛ لأن كسب أم الولد لا يتبعها في الحرية ، وكذلك كسب المدبرة ؛ فلم يجز اعتبار كسب أحدهما بالآخر .

١٤٠٣٣ – قالوا : نماء متميز عن الرهن ، فأشبه الكسب والاحتطاب .

١٤٠٣٤ – قلنا : نماء الصوف ونماء الثمرة [٥] المتصلة عندهم يدخل [٦] في الرهن ، والثمرة ليست برهن ، والأغصان نماء متميز ، وهي داخلة في الرهن

١٤٠٣٥ – قالوا : عقد لا يفضي إلى زوال الملك ، فوجب أن لا يسري إلى الولد ، كالإجارة .

١٤٠٣٦ – قلنا : لا نسلم الوصف ؛ لأن الإجارة تزيل الملك عن المنافع بعقدها عندهم ، وعندنا بملك (الأموال التي) [٧] يفضي عقدها إلى زوال الملك .

١٤٠٣٧ – ولا نسلم الوصف في الأصل ؛ لأن عقد الرهن يقتضى [٨] بيع الرهن عندهم إذا تعذر استيفاء الدين ، وعندنا : إذا مات الراهن فيزول الملك عنه ببيعه بمقتضى عقد الرهن ، وقد أفضى إلى زوال الملك بتوسط البيع ، ويبطل بالوديعة على أحد الوجهين إذا ولدت [٩] جاز للمودَع أن يمسكها وديعة كالأم .

---

(١) في (م) ، (ع) : [من حبس الحبس] ، مكان : [بحبس الجنس] .
(٢) في (م) : [يسري] ، مكان : [تسري] ، وفي (م) ، (ع) : [لحق] ، مكان : [كحق] .
(٣) في (م) ، (ع) : [والكفاية] ، مكان : [وولد الكتابة] .
(٤) في (ص) : [الإكساب] .
(٥) في (م) ، (ع) : [ونماء الثمرة والصوف] ، بزيادة : [والصوف] .
(٦) في (ص) : [تدخل] .
(٧) ما بين القوسين بدل كلمة غير مقروءة ترسم بهيئة [ما لا محال] .
(٨) وردت في (م) ، (ع) بعد قوله : [عقد الرهم يقتضي] عبارة مضطربة ، لفظها : « عقدها إلى زوال الملك ، ولا نسلم الوصف في الأصل ، لأن عقد الرهن إذا مات الراهن متروك الملك عنه ببيعه بمقتضى عقد الرهن ، وقد أفضى إلى زوال الملك » .
(٩) في (م) ، (ع) : [ولد] .

١٤٠٣٨ - والمعنى في [١] ولد المستأجرة : أن العقد لا يجوز أن يتناوله بالعقد عليه ، حتى يدخل تابعًا للعقد على أمه ، وولد المرهونة يجوز أن يتناول عقد الرهن لو وجد مع الأم ، فجاز أن يدخل تابعًا للعقد الذي وقع عليها .

١٤٠٣٩ - فإن قيل : ولد المكاتبة يدخل في كتابتها ، وإن أفرده بالعقد لم يجز .

١٤٠٤٠ - قلنا : لو كاتبها على نفسها وولدها الصغير جاز ، ويكون مكاتبًا ، وإنما لا يجوز أن يفرده بالعقد ؛ لأنه لا يصح منه القبول ، فيصير كالعبد الكبير إذا كاتبه فلم يقبل ، فإذا كاتبه معها [٢] صح قبولها في حقه وصحت الكتابة .

١٤٠٤١ - ولأن عقد الإجارة ينعقد على المنافع والولد حادث من الرقبة ، وكل ما [٣] حدث من غير ما تعلق العقد به لم يدخل في العقد ، والرهن ينعقد على ورثته [٤] المرهونة ، والولد حادث منها ، فجاز أن يسري إليه ما تعلق بها .

١٤٠٤٢ - فإن قيل : الإجارة تتناول [٥] الرقبة ، بدلالة : أنه يقول [٦] : آجرتك هذه الجارية ، ولا يقول : آجرتك منافعها .

١٤٠٤٣ - [قلنا : الدليل على العقد على منافعها] [٧] : أنه لابد أن يقول : آجرتكها للخدمة ، أو لعمل كذا .

ولأنه لو آجر ما لا منفعة له ، كالجارية الطفلة ، والأرض السبخة ، لم تصح الإجارة ، فأما الرهن فينعقد على الرقبة ، بدلالة : أنه يجوز أن يرهن ما لا منفعة له ، كالحنطة ، والشعير .

١٤٠٤٤ - فإن قيل : فنحن نقول في الرهن : إنه لا ينعقد على العين ، وإنما ينعقد على ثمن الرهن ، ويستوفي الدين من ثمنه أو قيمته إذا استهلك .

١٤٠٤٥ - قلنا : إنما يتعلق الحبس بالثمن وبالقيمة لتعلقه بالعين ويستوفي من الثمن ،

---

(١) لفظ : [في] ساقط من صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش .

(٢) قوله : [فلم يقبل ، فإذا كاتبه] ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش ، وفي (م) ، (ع) : [منها] ، مكان : [معها] .

(٣) في (م) : [مظما] ، وفي (ع) : [سظما] ، مكان : [وكل ما] .

(٤) في (ص) : [ودينه] بدون نقط ، والمثبت في (م) ، (ع) ، لعل الصواب : [عين] .

(٥) في (م) ، (ع) : [يتناول] .

(٦) في (م) ، (ع) : [أنه لو قال] ، بزيادة : [لو] .

(٧) ما بين المعكوفتين : ساقط من (م) ، (ع) .

لأنه لا يمكن استيفاؤه من العين ، لأنها من غير جنس حقه ، ولو كانت من جنس الدين استوفي عينها [1] .

١٤٠٤٦ - قالوا وثيقة فلا تسري [2] إلى ولدها ، كالضامنة والشاهدة .

١٤٠٤٧ - قلنا : إن كانت الضامنة ضمنت بإذن مولاها ، صح الضمان وسَرَى إلى ولدها مثل مسألتنا لا فرق بينهما ، وإن كانت حرة فالحق يتعلق بذمتها لا برقبتها ، والولد متولد من الرقبة ، فلم يسر إليه ما لا يتعلق بها ، فأما الشاهدة : فليس هناك حق تعلق برقبتها ، وإنما رجعت إليها عبادة والعبادة الواجبة على الأم لا تسري إلى الولد .

* * *

(١) في (م) ، (ع) : [ثمنها] ، مكان : [عينها] ، وكذا في هامش (ص) من نسخة أخرى .

(٢) في (م) ، (ع) : [فلا يسري] .


مسألة ٧٠٩

هلاك الرهن وضمانه

١٤٠٤٨ – قال أصحابنا [١] : الرهن مضمون بالأقل من قيمته ومن الدين [٢] .

١٤٠٤٩ – وقال الشافعي : الرهن أمانة تهلك من مال الراهن ، والدين بحاله [٣] .

١٤٠٥٠ – لنا : ما روى عبد اللّٰه بن المبارك ، عن مصعب بن ثابت ، عن عطاء بن أبي رباح : « أن رجلًا ارتهن فرسًا ، فماتت الفرس في يد المرتهن ، فقال رسول اللّٰه ﷺ : ذهب حقك » [٤] .

١٤٠٥١ – ولا يجوز أن يكون المراد به : ذهب حقك من الوثيقة ، لأن هذا معلوم مشاهد .

---

(١) قوله : [قال أصحابنا] ساقط من (م) ، (ع) .

(٢) راجع تفصيل المسألة في : أحكام القرآن للجصاص « باب ضمان الرهن » (٥٢٦/١) وما بعدها ، متن القدوري « كتاب الرهن » ص ٤٠ ، ٤١ ، الكتاب مع اللباب « كتاب الرهن » (٥/٢) ، طريقة الخلاف في الفقه ، « كتاب الرهن » (ص) ٤٣١ – ٤٣٤ ، مسألة (١٧٥) ، بدائع الصنائع « كتاب الرهن » ، « فصل : وأما الذي يتعلق بحال هلاك المرهون » (١٥٤/٦ ، ١٥٥) ، تكملة فتح القدير مع الهداية ، وبذيله العناية « كتاب الرهن » (١٤٥/١٠ – ١٤٧) ، كنز الدقائق « كتاب الرهن » ص ١٧٢ .

(٣) راجع تفصيل المسألة في : الأم « كتاب الرهن » ، في « ضمان الرهن » (١٤٧/٣ ، ١٤٨) ، مختصر المزني « باب ضمان الرهن » ص١٠١ ، اختلاف العلماء « باب الرهن » ص٢٦٧ – ٢٧٠ ، التنبيه « كتاب الرهن » (ص) ٧١ ، المهذب مع تكملة المجموع الثانية « كتاب الرهن » (٢٤٩/١٣ ، ٢٥٠) ، حلية العلماء « باب ما يدخل في الرهن وما لا يدخل » (٤٥٨/٤ ، ٤٥٩) ، التفريع ، في « فصل ١٠١٨ : في ضمان الرهن » (٢٥٩/٢) ، الكافي لابن عبد البر « باب ما يضمن من الرهون وما لا يضمن منها » (٨١٦/٢ ، ٨١٧) ، المقدمات الممهدات « فصل في ضمان الرهن » (٣٦٧/٢ ، ٣٦٨) ، قوانين الأحكام الشرعية « الباب الخامس في الرهون » ص٣٣٥ ، الإفصاح « باب الرهن » (٣٧٠/١) ، الكافي لابن قدامة « باب الرهن » ، « فصل : الرهن أمانة في يد المرتهن » (١٣٥/٢) ، المغني « مسألة : الرهن إذا تلف بغير جناية من المرتهن رجع المرتهن بحقه عند محله » (٤٣٨/٤ ، ٤٣٩) ، العدة مع العمدة « باب الرهن » ص ٢٤٧ ، الإنصاف ، الباب السابق (١٥٩/٥ ، ١٦٠) .

(٤) أخرجه الطحاوي في المعاني « كتاب الرهن » ، « باب الرهن يهلك في يد المرتهن كيف حكمه » (١٠٢/٤) ، وابن أبي شيبة باختلاف يسير في اللفظ ، في المصنف « كتاب البيوع » ، « في الرجل يرهن الرجل فيهلك » (٣٣٣/٥) ، الحديث (١) ، وأبو داود في المراسيل « باب ما جاء في الرهن » ص ٢١، والبيهقي في الكبرى « كتاب الرهن » ، « باب من قال الرهن مضمون » (٤١/٦) ، وابن حزم في المحلى بالآثار « كتاب الرهن » (٣٧٨/٦) ، المسألة (١٢١٥) .

ولا يجوز أن يكون المراد به : ذهب حق المطالبة برهن آخر ، لأن هذا لم يكن حقًّا ، والخبر يقتضي ذهاب حق ثابت ، فلم يبق إلا أن يكون المراد به : ذهب حقك من الدين .

١٤٠٥٢ - ولأنه ذكر حقًّا مضافًا إليه ، وهذا يقتضي التعريف ، فإن كان المعرف هو الدين فهو قولنا ، وإن كان لا ينصرف إلى معرفة ، انصرف إلى جنس حقه ، فيقتضي إسقاط الوثيقة والدين تبعًا ؛ ألا ترى : أن مخالفنا حمل الخبر على إسقاط الوثيقة ، وذلك لغير حقه ، فلا يكون معرفة .

١٤٠٥٣ - فإن قيل : لو أراد سقوط الدين لسأل عن قيمة الرهن .

١٤٠٥٤ - قلنا : يجوز أن يكون علم قيمة الرهن أكثر من الدين .

ولأن الخبر يقتضي الضمان ، وكيفية الضمان فرع عليه .

١٤٠٥٥ - فإن قيل : راويه مصعب بن ثابت ، وهو ضعيف [(١)] .

١٤٠٥٦ - قلنا : راويه ابن المبارك عنه تعديل ، وإرساله لا يُقدح فيه ، لأن المرسل والمتصل [(٢)] عندنا سواء في الاستدلال .

١٤٠٥٧ - ويدل عليه : ما روى عبد الرحمن بن أبي الزناد [(٣)] ، عن أبيه ، قال : كان من أدركت من فقهائنا الذين [(٤)] انتهى إلى قولهم ، منهم سعيد بن المسيب ، وعروة ابن الزبير ، والقاسم بن محمد ، وأبو بكر بن عبد الرحمن ، وخارجه بن يزيد ، وعبيد الله بن عبد الله في مشيخة [(٥)] من نظرائهم ، أهل فقه وصلاح وفضل ، كلهم قالوا : « الرهن بما فيه ، إذا هلك وعميت قيمته » ورفع [(٦)] ذلك منهم الثقة إلى النبي ﷺ [(٧)] .

---

(١) مصعب بن ثابت : ضعفه يحيى بن معين ، وأحمد ، وقال أبو حاتم : لا يحتج به ، وقال النسائي : ليس بالقوي ، مات سنة سبع وخمسين ومائة . راجع ترجمته في : المجروحين (٢٨/٣ ، ٢٩) ، ميزان الاعتدال (١١٨/٤ ، ١١٩) ، الترجمة (٨٥٥٨) ، تقريب التهذيب (٢٥١/٢) ، الترجمة (١١٥٠) .

(٢) في (م) ، (ع) : [والمعتل] .

(٣) في (م) ، (ع) : [أبي الزياد] .

(٤) في جميع النسخ : [البركة] ، مكان : [أدركت] ، والمثبت من المعاني للطحاوي ، وفي (م) ، (ع) : [الذي] ، مكان : [الذين] .

(٥) في سائر النسخ : [وأبو بكر بن عبد الرحمن بن خارجة بن يزيد وعبد الله بن مشيخة] ، مكان المثبت ، وما أثبتناه من المعاني .

(٦) في (م) ، (ع) : [هناك وعمت] ، مكان : [هلك وعميت] ، وقوله : [ورفع] ساقط من صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش .

(٧) أخرجه الطحاوي في المعاني « كتاب الرهن » ، « باب الرهن يهلك في يد المرتهن كيف حكمه ؟ » =

١٤٠٥٨ - قلنا [١] : ذكر هذا الطحاوي ؛ فدل عليه إجماع السلف .

١٤٠٥٩ - روى عبد الله بن عمر : « أن عمر بن الخطاب [٢] قال في الراهن يرهن الرهن فيضيع ، قال : إن كان بأقل ردوا عليه ، وإن كان بأفضل [٣] ، فهو ليس في الفضل » [٤] .

١٤٠٦٠ - وعن محمد بن الحنفية أن عليًا قال : « إذا رهن الرجل الرجل [٥] رهنًا فقال المعطي : لا أقبله إلا بأكثر مما أعطيك ، فضاع [رد عليه الفضل ، وإن رهنه وهو أكثر مما أعطى بطيب نفس من الراهن ، فضاع] [٦] ، فهو بما فيه » [٧] .

وعن شريح أنه قال : « الرهن بما فيه ولو بخاتم من حديد » [٨] .

١٤٠٦١ - وقد اتفقوا على الضمان ، واختلفوا في كيفيته ، فمن أسقط الضمان خالف الإجماع .

١٤٠٦٢ - قالوا : قد روي عن عليّ ﷺ أنه قال : « الرهن أمانة » [٩] .

= (١٠٢/٤) ، وأورده الجصاص في أحكام القرآن [باب ضمان الرهن] (٥٢٩/١) .

(١) لفظ : [قلنا] ساقط من (م) ، (ع) .

(٢) في (م) ، (ع) : [عبد الله بن عمر بن الخطاب] ، مكان المثبت .

(٣) في (ع) : [بالفضل] ، مكان : [بأفضل] .

(٤) لم نعثر على هذا الأثر من طريق عبد الله بن عمر بعد . وقد أخرجه الطحاوي بلفظ : [أن عمر بن الخطاب قال في الرجل يرتهن الرهن ، فيضيع ، قال : إن كان بأقل ردوا عليه ، وإن كان بأفضل ، فهو أمين في الفضل] . في المعاني ، الباب السابق (١٠٣/٤) ، والبيهقي نحوه في الكبرى « كتاب الرهن » ، « باب من قال الرهن مضمون » (٤٣/٦) ، وابن أبي شيبة بمعناه بلفظ آخر في المصنف « كتاب البيوع » ، « في الرجل يرهن الرجل فيهلك » (٣٣٥/٥) ، والدارقطني « كتاب البيوع » (٣١/٣) ، الحديث (١١٩ ، ١٢٠) .

(٥) لفظ : [الرجل] الثاني ساقط من (م) ، (ع) .

(٦) الزيادة : من المعاني للطحاوي .

(٧) أخرجه الطحاوي في المعاني ، الباب السابق (١٠٣/٤) ، والبيهقي نحوه في الكبرى ، الباب السابق (٤٣/٦) ، وابن أبي شيبة من طريق عبد الأعلى بهذا المعنى ، في المصنف ، في العنوان السابق (٣٣٤/٥) ، الأثر (١١) ، والجصاص في أحكام القرآن [باب ضمان الرهن] (٥٢٦/١ ، ٥٢٧) .

(٨) أخرجه عبد الرزاق بمعناه في المصنف « كتاب البيوع » ، « باب الرهن يهلك » (٢٣٨/٨ ، ٢٣٩) ، الأثر (١٥٠٣٧) ، وابن أبي شيبة في المصنف ، في العنوان السابق (٣٣٣/٥) ، والطحاوي في المصدر السابق (١٠٣/٤) .

(٩) لم نهتد إلى أثر عليّ ﷺ بهذا اللفظ بعد .

وروي أنه قال : « إذا تلف الرهن بجائحة [١] ، فلا ضمان على المرتهن » [٢] .

١٤٠٦٣ - قلنا : المشهور عن [٣] عليّ ﷺ ما ذكرناه ، ورواه ابن الحنفية ، ورواه قتادة ، عن خلاس ، عن عليّ ﷺ ، وما ذكروه لا يعرف ، فإن ثبت أنه قال : « أمانة » ؛ فمعناه : أن عينه غير مضمونة ، فإن كان الدين يسقط [٤] بهلاكه وفعله إذا هلك الراهن ، فلا يجب بلا ضمان ، وإنما أسقط ضمانه في بعض الأحوال ، وهذا لا ينفي الضمان ، كما روي عنه في الأجير المشترك .

١٤٠٦٤ - ولأنه محبوس بعقد لاستيفاء مال [٥] ، فكان المحبوس مضمونًا ، كالمبيع في يد البائع .

١٤٠٦٥ - قالوا : المبيع غير محبوس بالبيع ، وإنما [٦] حبسه لاستيفاء الثمن (وهذا الحق في الحبس) [٧] إنما يثبت [٨] بعقد البيع ولم يثبت قبله .

١٤٠٦٦ - ولا يلزم : الإجارة ؛ لأن العين محبوسة لاستيفاء منفعة .

١٤٠٦٧ - ولا يلزم : إذا تفاسخا الإجارة وقد أتلف [٩] الأجرة أنه يحبس ما استأجره حتى يأخذ الأجرة ، فلا يكون مضمونًا ؛ لأنه محبوس (بالأجرة لفسخ العقد) [١٠] .

١٦١/ب ١٤٠٦٨ - ولا يلزم : الولد أنه مضمون ؛ لأنه لو هلك بعد هلاك / الأم سقط ما يقابله من الدين ، فإن هلك مع بقائها فهو مضمون ، لكن انتقل ما فيه من الضمان إلى الأم .

١٤٠٦٩ - ولا يلزم الزيادة على مقدار الدين ؛ لأن جملة الرهن عندنا مضمونة بما في مقابلتها وإن كان أقل من قيمتها ، [كما أن المبيع مضمون بالثمن وإن كان أقل من قيمته] [١١] .

---

(١) في (م) ، ع : [لحاجة] .

(٢) لم نعثر على هذا الأثر بهذا اللفظ بعد . وقد أخرجه الطحاوي بلفظ : أن عليًا قال في الرهن : [يترادان الزيادة والنقصان جميعًا ، فإن أصابته جائحة ، بريء] . في نفس المصدر السابق (١٠٣/٤) .

(٣) لفظ : [عن] ساقط من (م) ، (ع) . (٤) في (م) ، (ع) : [سقط] .

(٥) في جميع النسخ : [الاستفاء حال] ، مكان : [لاستيفاء مال] ، الصواب ما أثبتناه .

(٦) في (م) ، (ع) : [فلما] ، مكان : [وإنما] .

(٧) ما بين القوسين بدل عبارة غير مقروءة مثبتة في هامش (ص) ، ولم ترد في غيرها .

(٨) في (م) ، (ع) : [ثبت] . (٩) في (م) ، (ع) : [أتلفه] ، بزيادة الهاء .

(١٠) ما بين القوسين بدل ما جاء في النسخ بلفظ : [بالفسخ لها بالعبد] .

(١١) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش .

١٤٠٧٠ - قالوا : قولكم لاستيفاء مال ، لا يصح ؛ لأن الدَّين عندكم ليس بمال .

١٤٠٧١ - قلنا : المستوفي هو عين مال ، والرهن محبوس لاستيفاء ملك العين .

١٤٠٧٢ - قالوا قولكم : محبوس لاستيفاء مال ، ليس له تأثير في الأصل ، ولا في الفرع ، أما في الفرع : فلو أعطاه رهنًا ليقرضه كان مضمونًا ، وليس بمحبوس للاستيفاء، ولو قضاه الدين كان الرهن مضمونًا ، وليس بمحبوس ، فكذلك [١] في الأصل لو قضاه الثمن كان المبيع مضمونًا .

١٤٠٧٣ - قلنا : في هذه المواضع العين مضمونة ، لا لهذه العلة ، لكن لغيرها . ومتى يثبت مثل الحكم بعين علته [٢] ، لم يبطل تأثيرها إذا وجدت . ثم كل واحد من الموضعين مؤثر في الحكم ، فإن ارتفع الحبس [٣] زال الضمان ، مثل أن يعيره الراهن [٤] وإن بقي الحبس لا للاستيفاء فقد سقط الضمان ، وهو إذا (أبرأه) [٥] المرتهن من الدين ثم هلك الرهن ، وإذا (زال) [٦] الحكم بزوال الوصف في موضوع واحد ثبت تأثيره .

١٤٠٧٤ - فإن قيل : المعنى في البيع : أن الثمن وجب بالقول ، فإذا هلك المبيع انفسخ العقد ، فيسقط ما وجب ، والدين في مسألتنا لم يجب بعقد الرهن ، فإذا هلك الرهن لم يسقط الدين .

١٤٠٧٥ - قلنا : إنما انفسخ البيع بهلاك المبيع لأنه مضمون ؛ بدلالة : أن المشتري لو قبضه ثم أودعه إياه لم ينفسخ البيع بهلاكه ؛ لأنه لم يكن مضمونًا

١٤٠٧٦ - قلنا [٧] : قولهم إن الدين لما لم يجب بعقد [٨] الرهن لم يسقط بهلاكه ، لا يصح ، لأن الدين لا يسقط عندنا ، وإنما يصير مستوفيًا له ، بدلالة : أن هلاك الرهن بثمن الصرف ورأس مال السلم ، يصير به مستوفيًا ويتم العقد ، ولو كان إسقاطًا لبطل الصرف ، كالبراءة ، والسبب الذي يقع به [٩] الاستيفاء ليس هو بسبب المداينة .

---

(١) في (م) ، (ع) : [بذلك] .

(٢) في (م) ، (ع) : [ثبت مثل الحكم للعين عليه] ، مكان المثبت .

(٣) في (م) ، (ع) : [الجنس] .

(٤) في جميع النسخ : [للراهن] ، لعل الصواب ما أثبتناه .

(٥) ما بين القوسين بدل ما جاء في (م) ، (ع) بلفظ : [يسر] ، وفي (ص) : [أيسر] .

(٦) في (م) ، (ع) ، (ص) : [ترك] وفي (ص) : [نزل] ، والصواب [زال] كما أثبتناه .

(٧) في (ص) : [قالوا] ، مكان : [قلنا] . (٨) في (م) ، (ع) : [لعقد] .

(٩) لفظ : [به] ساقط من (م) ، (ع) .

١٤٠٧٧ - ولأنه حبس للاستيفاء ؛ فكان مقتضاه في المعقود عليه المنافع ، وهي مضمونة عندنا .

ولا يلزم الولد ؛ لأنه ليس بمعقود عليه ، ولا الزيادة [1] ، لأنا قلنا : مقتضاه الضمان في المعقود عليه ، وكيفية الضمان لم يتعرض لها .

١٤٠٧٨ - فإن قيل : المعنى في البيع أنها معاوضة [2] يستحق فيها المشتري حقًّا في مقابلة حق عليه ، وإذا لم يسلم له ماله لم يلزمه ما عليه ، وليس كذلك الرهن ، لأنه وثيقة ، فلم يسقط بزوالها ، كالضمان .

١٤٠٧٩ - قلنا : كون الشيء مضمونًا لا يقف على العوض ؛ بدلالة : الغصب والمقبوض على وجه السوم ، فأما الدين في الرهن وإن لم يكن عوضًا عنه ، فهو في مقابلته كالثمن المقابل للمبيع .

١٤٠٨٠ - ولأنه محبوس بعقد [3] الرهن ، فكان مضمونًا ، كالعارية والغصب إذا رهنهما .

١٤٠٨١ - ولأنه [4] حكم يتعلق بالغصب إذا رُهِن [5] تعلق بالرهن المبتدأ حق [6] الإمساك ، وحق البيع في الحق .

١٤٠٨٢ - ولأنه عقد وثيقة ؛ فكان مقتضاه الضمان ، كالحوالة ، والبيع .

١٤٠٨٣ - ولأنه عقد اختص بما ليس ثابتًا به ؛ فكان مقتضاه الضمان ، [كالبيع .

ولا يلزم الشركة ؛ لأن شركة الوجوه جائزة عندنا من غير مال .

١٤٠٨٤ - ولأنه عقد يختص بدين من إحدى جنبتيه ، وعمل من الجنبة الأخرى ، فكان مقتضاه الضمان] ، كالسلم .

١٤٠٨٥ - ولأنه لو ادعى رده لم يصدق [7] ، فكان مقتضاه الضمان ، كالغصب .

---

(١) في (م) ، (ع) : [ولأن الزيادة] .

(٢) قوله : [أنها معاوضة] ساقط من (ع) .

(٣) في (م) ، (ع) : [لعقد] .

(٤) في (م) ، (ع) : [ولأن] ، بدون الهاء .

(٥) لفظ : [رهن] ساقط من (م) ، (ع) .

(٦) في (ع) : [بحق] ، وفي (م) ، (ص) : [لحق] .

(٧) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش ، إلا أن لفظ : [الوجوه] فيه غير واضح ، لعل الصواب ما أثبتناه ، وفي (م) ، (ع) : [لم يقصد] ، مكان : [لم يصدق] . راجع تعريف شركة الوجوه وحكمها في بدائع الصنائع « كتاب الشركة » (٥٧/٦) .

١٤٠٨٦ - ولأن الحق تعلق بالرهن ، فسقط بهلاكه ، كالعبد الجاني إذا هلك .

١٤٠٨٧ - فإن قيل : الحق في الجناية تعلق بمحل واحد ، فسقط بهلاكه .

١٤٠٨٨ - وفي مسألتنا : الحق تعلق بجنس ، فهلاك أحدهما لا يوجب سقوطه عن الآخر .

١٤٠٨٩ - قلنا : الثمن في البيع تعلق بالمبيع والذمة ، فهلاك [1] أحدهما يوجب سقوطه ، والدين تعلق بمحل واحد وهو الذمة [2] ، وتلف الذمة بموت من عليه الدين لا يسقطه [3] .

١٤٠٩٠ - ولأن كل مقبوض على جهة ، فهلاكه يقع على الجهة التي وقع القبض عليها [4] ، كالمغصوب لما اقتصر على الضمان كان هلاكه على ذلك ، وعكسه : الوديعة .

والمقبوض بالسوم لما قبض للتمليك كان هلاكه هلاك المبيع حتى يضمنه القابض ، ومعلوم أن الرهن قبض للاستيفاء ، ألا ترى : أنه يقبضه ليستوفي الدين من ثمنه ، فوجب أن يكون بهلاكه مستوفيًا .

١٤٠٩١ - فإن قيل : إنما قبض الرهن للوثيقة .

١٤٠٩٢ - قلنا : معنى الوثيقة : هو الاستيفاء الذي يقصده صاحب الحق ، إما من الرهن أو من ذمة الراهن ليخلص الرهن .

١٤٠٩٣ - ولا يلزم : [5] إذا تفاسخا الإجارة ، فحبس العين ليس [6] في الأجرة ، لأنه ليس يبتدئ الحبس وإنما يبقى على الحبس [7] الأول ، وذلك كان [8] لغير الاستيفاء .

١٤٠٩٤ - ويجوز أن يقال : إنه يثبت له [9] حق حبس المنافع المعقود عليها دون

---

(١) في (م) ، (ع) : [وهلاك] .
(٢) في (م) ، (ع) : [الدية] .
(٣) في (م) ، (ع) : [لا يسقط] بدون الهاء .
(٤) قاعدة : « كل مقبوض على حهة فهلاكه يقع على الجهة التي وقع القبض عليها » .
(٥) في (م) ، (ع) : [فلا يلزم] .
(٦) في (م) ، (ع) : [لحبس] ، مكان : [فحبس] ، ولفظ : [ليس] ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .
(٧) في (م) ، (ع) : [الجنس وإنما يبقى على الجنس] ، مكان المثبت .
(٨) لفظ : [كان] ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش .
(٩) في (م) ، (ع) : [ثبت] ، مكان : [يثبت] ، ولفظ : [له] ساقط من (ع) .

العين التي [١] لم يتناولها العقد ، لكن لا يتوصل إلى حبس المنافع إلا بحبس [٢] العين .

١٤٠٩٥ - فإن قيل : يجب أن تكون المنافع مضمونة .

١٤٠٩٦ - قلنا : لا تضمن [٣] عندنا إلا بعقد .

١٤٠٩٧ - احتجوا : بما روى الزهري ، عن سعيد بن المسيب ، عن أبي هريرة ﷺ: أن النبي ﷺ قال : « لا يغلق الرهن من راهنه [٤] الذي رهنه ، له غنمه ، وعليه غرمه » [٥] .

١٤٠٩٨ - [قالوا : فقوله : « الرهن من راهنه » ، بمعنى : من ضمانه ، وبقوله : « وعليه غرمه »] [٦] يعني : ضمانه وهلاكه .

١٤٠٩٩ - الجواب [٧] : أن هذا حديث مرسل ، رواه كذلك مالك ، وثقات أصحاب الزهري ، وقد رواه يحيى بن أبي أنيسة [٨] ، فذكر أبا هريرة ، وليس يحيي ممن تقبل زيادته على مالك ؛ لأنهم لا يقبلون زيادة من ليس بحافظ على الحافظ [٩] [١٠] .

١٤١٠٠ - فإن قيل : مراسيل سعيد [١١] بن المسيب مقبولة عند الشافعي .

١٤١٠١ - قلنا : ولِمَ كان الشافعي يخص مراسيل ابن المسيب دون سائر أهل المدينة ، مثل : أبي سلمة ، والقاسم ، وسالم ، وعروة ، وسليمان بن يسار ، والشعبي ، والنخعي من أهل الكوفة ، والحسن ، وابن سيرين من أهل البصرة ، ومن فوقهم من التابعين ، مثل : علقمة ، والأسود ، وعمرو بن شرحبيل ، وعبيدة ، وشريح ، فإن جاز

---

(١) في (ص) ، (م) : [الذي] .
(٢) في (م) ، (ع) : [لحبس] .
(٣) في (م) : [لا يضمن] .
(٤) لفظ : [الرهن [مكرر في جميع النسخ ، وهو سهو ، وفي (ع) : [رهنه] ، مكان : [راهنه] .
(٥) تقدم تخريجه في مسألة (٦٧٨) .
(٦) ما بين المعكوفتين : ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) ، واستدركه المصنف في الهامش .
(٧) في (م) ، (ع) : [والجواب] ، بالعطف .
(٨) يحيى بن أبي أنيسة : قال البخاري : ليس بذاك ، وقال أحمد ، والنسائي ، والدارقطني : متروك ، وقال علي بن المديني : ضعيف لا يكتب حديثه ، مات سنة ست وأربعين ومائة . راجع ترجمته في : المجروحين (١١٠/٣) ، الكامل (١٨٦/٧) ، الترجمة (٢٠٩٦/٤٣) ، ميزان الاعتدال (٣٦٤/٤ ، ٣٦٥) ، الترجمة (٩٤٦٣) ، تقريب التهذيب (٣٤٣/٢) ، الترجمة (١٩) .
(٩) في (م) ، (ع) : [على الحفاظ] .
(١٠) قاعدة : « لا تقبل زيادة غير الحافظ على الحافظ » .
(١١) لفظ : [سعيد] ساقط من (م) ، (ع) .

قبول مراسيل سعيد فمراسيل هؤلاء مثلها ، وإن يمنع مراسيل هؤلاء فكذلك سعيد .

١٤١٠٢ - ثم هذا الحديث بعضه من كلام رسول الله ﷺ ، وبعضه من كلام ابن المسيب ، فأضاف الراوي جميعه إلى النبي ﷺ .

١٤١٠٣ - قال ابن وهب : سمعت مالكًا ، ويونس ، وابن أبي ذئب ، يحدثون عن ابن شهاب ، عن ابن المسيب : أنَّ رسول الله ﷺ قال : [« لا يغلق الرهن » ، قال يونس بن يزيد ، قال ابن شهاب : وكان ابن المسيب يقول : الرهن لصاحبه غنمه ، وعليه غرمه [1]] ، فمن أدرج أحدهما في الآخر لم يعرف التفصيلَ الذي بيَّنه يونس في روايته ، ولو ثبت هذا الخبر لم يكن فيه دلالة ، لأن قوله ﷺ : « لا يغلق الرهن» معناه : لا يصير للمرتهن بدينه ، هكذا فسره أبو عبيد [2] ، وروي هذا التفسير كذلك عن النخعي ، والثوري ، ومالك [3] .

١٤١٠٤ - قال أبو عبيد [4] : من حمله على الهلاك فقد حمله على ما لا وجه له في اللغة ، وأما قوله : « الرهن من راهنه » ، فمعناه : نفقة الرهن من راهنه ، ثم بين ذلك فقال : إذا كان له غنمه وزيادته كان عليه نفقته .

١٤١٠٥ - وهذا مثل الحديث الذي روي : « أن نماء الرهن لمن ينفق عليه » [5] ، وحمله على هذا أولى من حمله على الهلاك ، لأنه [6] بعد الهلاك ليس برهن ، ويحتمل « الرهن من راهنه » : أنه [7] من ملك راهنه .

١٤١٠٦ - فأما قوله : « له غنمه ، وعليه غرمه » ، بمعنى : له زيادة من الولد والثمرة ، وعليه غرمه من النفقة والمؤنة .

١٤١٠٧ - ويحتمل : له غنمه إذا بيع بأكثر من الدين كان الزيادة له ، وإذا بيع بأقل كان غرم النقصان عليه ، ولا يجوز أن يحمل الغرم على الهلاك ، لأن الغرم هو اللزوم ،

---

(١) في (ص) بياض بعد قوله : [أن رسول الله ﷺ] ، وما بين المعكوفتين : أثبتناه من معاني الآثار والحديث : أخرجه الطحاوي بهذا الإسناد واللفظ ، في المعاني ، الباب السابق (٤/١٠٠) .

(٢) في (ص) : [أبو عبيدة] ، وقد تقدم تخريج تفسير أبي عبيدة في مسألة (٧٠٧) .

(٣) راجع تخريج تفسير النخعي في مسألة (٦٧٨) ، وتفسير الثوري ومالك في مسألة (٧٠٧) .

(٤) في (ص) : [أبو عبيدة] .

(٥) لم نعثر عليه بهذا اللفظ . وقد تقدم تخريجه بلفظ : [وعلي من يحلبه ويركبه نفقته] في مسألة (٦٨١) .

(٦) في (م) ، (ع) : [لأن] ، بدون الهاء .

(٧) في (ص) ، (م) : [أن] بدون الهاء .

ومنه سُمي الغريم غريمًا .

١٤١٠٨ - وقال اللّٰه تعالى ﴿ إِنَّ عَذَابَهَا كَانَ غَرَامًا ﴾ [١] أي لازما ، وقال تعالى : ﴿ إِنَّا لَمُغْرَمُونَ ﴾ [٢] ، أي مثقلون [٣] بالدين ، لأن من هلك [٤] زرعه بقى عليه دينه ، ولا يعرف الغريم بمعنى الهلاك في اللغة ، فلا يجوز حمله عليه .

١٤١٠٩ - قالوا : مقبوض عن عقد لو كان فاسدًا لم يكن مضمونًا ، فإذا كان صحيحًا لم يكن مضمونًا ، كالوديعة ، والمضاربة ، والشركة ، والوكالة ، وعكسه : القرض [٥] .

١٤١١٠ - قلنا : الوصف غير مسَّلم ، ولا فرق عندنا بين البيع والرهن في الضمان ، لأن البيع الصحيح مضمون ، وكذلك الرهن الفاسد ، لأنهم قالوا : إذا ارتهن المسلم من ذمي خمرًا فهلكت في يده يضمنها [٦] ، والبيع الباطل غير مضمون ، كالبيع بالخمر ، والميتة ، والدم .

١٤١١١ - والرهن الباطل غير مضمون ، كالرهن بالوديعة والمضاربة ، فعلى هذا : الرهن يتعلق به الضمان فلم تصح العلة .

١٤١١٢ - قالوا : مقبوض عن عقد واحد بعضه أمانة ، فوجب أن يكون جميعه أمانة . أصله : المقبوض عن عقد الوكالة والشركة والوديعة والمضاربة .

١٤١١٣ - قلنا : نقول [٧] بموجب العلة على قول أبي الحسن : أن المقبوض أمانة ، إلا أن الدين يسقط بهلاكه ، ولا يمتنع أن يقبض بعقد واحد ما يختلف حكمه في الضمان ؛ بدلالة : أن العين المستأجرة مقبوضة بعقد الإجارة ، وهي أمانة ، ومنافعها مقبوضة بذلك العقد ، وهي مضمونة لو استعار من أحد الشريكين نصيبه .

١٤١١٤ - ثم إن المعير ابتاع نصيب شريكه ثم رهن العين عند المستعير كانت العين [٨] مقبوضة بعقد الرهن ، بعضها مضمون وبعضها أمانة .

---

(١) سورة الفرقان : الآية ٦٥ . (٢) سورة الواقعة : الآية ٦٦ .

(٣) في (م) : [منقلون] . قال الجصاص : [وقال تعالي (إن لمغرمون) ، يعني ملزمون مطالبون بديوننا ، فهذا أصل الغرم في أصل اللغة] ، في أحكام القرآن [باب ضمان الرهن] (٥٢٩/١) .

(٤) في (ع) : [ملك] ، مكان : [هلك] . (٥) في (م) ، (ع) : [المقرض] .

(٦) في (م) ، (ع) : [فضمنها] .

(٧) في (م) ، (ع) : [القول] ، مكان : [نقول] .

(٨) لفظ : [العين] ساقط من (م) ، (ع) .

١٤١١٥ – والمعنى فيما قاسوا عليه : أن القول قول المرتهن في الرهن ، ولما لم يقبل قول المرتهن في الرد جرى مجرى الغاصب .

١٤١١٦ – قالوا : حق متعلق بمحلين [١] ؛ فلا يسقط / بتلف أحدهما ، كالضمان . ١٦٢/أ

١٤١١٧ – قلنا : يبطل بالثمن هو متعلق بذمة المشتري وبعين المبيع ، ويسقط بتلف المبيع .

١٤١١٨ – ولأن ذمة الكفيل وثيقة غير مقبوضة [٢] للاستيفاء ، فهي كنفس الدين إذا استوفى .

أو نقول : مال مقبوض بإزاء مال مقبوض ، فكان مضمونًا .

١٤١١٩ – قالوا : وثيقة في دين ليس بعوض منها [٣] ، فوجب أن [لا يسقط الدين بتلفها ، كالضامن ، والشاهد .

١٤١٢٠ – قلنا : موجَبُها أن] [٤] تجدد ضمانًا لم يكن . أصله : وثيقة الضامن . ولأن ذمة الضامن قائمة مقام ذمة صاحب الأصل ، ولو هلكت الذمة الأصلية لم يسقط الدين ، كذلك [٥] الذمة القائمة مقامها . والرهن قائم مقام الدين ووثيقة به ليستوفي منه ، ولو قبض الدين نفسه فهلك في يده كان مضمونًا ، كذلك [٦] إذا قبض ما قام مقامه .

١٤١٢١ – قالوا : مرهونٌ عريٌّ عن عدوان ، فوجب أن يكون أمانة ، كالزيادة على قدر الحق .

١٤١٢٢ – قلنا : الرهن ليس بمضمون بنفسه عندنا ؛ وإنما يضمن بما يقابله من الدين، والزيادة ليس في مقابلها دين ، فلا يتعلق بها ضمان .

ولأن الدين عندنا في مقابلة الرهن ، كما أن الثمن في مقابلة المبيع .

---

(١) في (م) ، (ع) : [بمجلس] .

(٢) سقطت عبارة طويلة من مكان النقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) ، واستدركها الناسخ في الهامش ، إلا أنها غير مقروءة لرداءة التصوير .

(٣) في (ص) ، (م) : [بعرض فيها] ، وفي (ع) : [بفرض فيها] ، الصواب ما أثبتناه من النكت للشيرازي (ورقة ١٥٣ب) .

(٤) ما بين المعكوفتين : ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش ، إلا أنه غير واضح ، لعل الصواب ما أثبتناه .

(٥) في (ص) : [لذلك] .

(٦) لفظ : [كان] ساقط من (م) ، (ع) ، وفي (ص) : [لذلك] ، مكان : [كذلك] .

١٤١٢٣ - ثم هلاك المبيع يسقط الثمن ، ولا يجب فيما زاد على الثمن ضمان ، كذلك [1] ما زاد على قدر الدين من قيمة الرهن .

١٤١٢٤ - ولأن ضمان الرهن لما تعلق به حق الاستيفاء ، وليس في مقابلة الزيادة حق استيفاء .

١٤١٢٥ - ولا يقال : إن الدين في مقابلة كل جزء من الرهن ، لأنه كذلك [2] حبسًا وإمساكًا ، فأما استيفاء فلا ، لاستحالة أن يستوفي درهمين بدرهم .

١٤١٢٦ - قالوا : غير مضمون بثمنه ولا بمثله وقيمته ، فوجب أن لا يكون مضمونًا ، كالوديعة .

١٤١٢٧ - قلنا : هذه طريقة فاسدة في التعليل ، لأنه استثنى المواضع المتفق عليها ، ثم قال : سواها مضمون [3] عندنا أن الرهن نوع آخر من الضمان بما يقابله [4] من الدين ، فوجب أن يفسد هذا القسم .

١٤١٢٨ - ولأن الجنين مضمون بقيمة ليست ثمنه ولا قيمته [5] ولا مثله ، بل هي نوع ضمان يثبت بقدر من الشرع [6] .

١٤١٢٩ - والمعنى في الوديعة : أنه أمسكها لمالكها ، فصارت يده كيده ، فلم تكن [7] مضمونة ، والرهن يمسكه المرتهن يبيعه لنفسه ويقيمه مقام حقه ، فهلاكه في يده كهلاك دينه في يده [8] .

١٤١٣٠ - قالوا : الرهن إذا تلف بطلت الوثيقة ، كما يبطل بالفسخ ، ثم ثبت أنه لو زال بالفسخ كان الحق بحاله ، كذلك إذا ذهبت الوثيقة بالتلف .

١٤١٣١ - قلنا : هلاك الرهن لا يبطل الوثيقة ، بل يكمل المقصود بها ؛ لأنه يقبضها [9] للاستيفاء ، فإذا هلكت وقع الاستيفاء من طريق الحكم ، وهذا يقتضي تمام

(١ ، ٢) في (ص) : [لذلك] ، مكان : [كذلك] في المكانين .

(٣) في (م) ، (ع) : [غير مضمون] ، بزيادة : [غير] .

(٤) في (م) : [مقابلة] ، مكان : [يقابله] . (٥) قوله : [ولا قيمته] ساقط من (ع) .

(٦) في (م) ، (ع) : [بالشرع] ، مكان : [من الشرع] .

(٧) في (م) : [فلم يكن] .

(٨) في (م) ، (ع) : [فيه] ، مكان : [في يده] .

(٩) في (ع) : [يقتضيها] .

الوثيقة . كما أن الدين إذا استوفى من ذمة الكفيل لم تنفسخ الكفالة ، بل [1] تم المقصود بها وإن زال [2] العقد . وليس كذلك إذا تفاسخا ، لأن المقصود بالعقد لم يحصل ، فلم يسقط الدين .

١٤١٣٢ - قالوا : لو دفع إليه عبدًا ليبيعه [3] ويستوفى من ثمنه فهلك لم يسقط الدين ، كذلك الرهن .

١٤١٣٣ - قلنا : لأن العبد قبضه لمالكه ؛ بدلالة : أن المالك [4] يملك عزله عن البيع واسترجاعه من يده ، ولو مات المالك [5] كان القابض [6] أسوة الغرماء فيه ، فلذلك لم يكن مضمونًا عليه .

وأما المرتهن [7] فإنه يقبضه لنفسه قبضًا مستحقًّا ؛ بدلالة : أن الراهن لا يملك أخذه من يده ، فصار كقبض نفس الدين لما وقع عليه من وجه مستحق كان مضمونًا .

١٤١٣٤ - قالوا : المرتهن إذا لحقه ضمان يرجع على الراهن ، فصار كالمودع .

١٤١٣٥ - قلنا : لا يمتنع أن يرجع عليه بالضمان وإن كان المقبوض [8] مضمونًا عليه ، كالمبيع إذا قبضه المشتري .

١٤١٣٦ - ولأن الضمان المانع من الرجوع ضمان الشيء بقيمته ، كالغصب ، والرهن [9] مضمون بغيره ، فإذا ألزم المرتهن ضمان القيمة رجع بها .

١٤١٣٧ - ولأن في حبس المرتهن حقًّا له ومنفعة للراهن ، ألا ترى : أنه كما يصير مستوفيًا يصير الراهن موفيًا ، وإذا كان في إمساكه لكل واحد منهما منفعة ، رجع بالضمان على المالك ، كالمستأجر لو استحق من يده .

---

(١) في (م) : [لم ينفسخ] ، و لفظ : [بل] ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش .

(٢) في (م) ، (ع) : [ما لازال] ، مكان : [وإن زال] .

(٣) لفظ : [ليبيعه] ساقط من صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش .

(٤) في (م) ، (ع) : [الراهن] ، مكان : [المالك] .

(٥) لفظ : [المالك] ساقط من صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش .

(٦) في (م) ، (ع) : [للقابض] .

(٧) في (م) ، (ع) : [الرهن] ، مكان : [المرتهن] .

(٨) في (م) ، (ع) : [الضمان المقبوض] ، بزيادة : [الضمان] .

(٩) في (م) ، (ع) : [فالرهن] .

١٤١٣٨ - قالوا : الرهن وثيقة للمرتهن ، نظرًا [1] لحقه فإذا سقط حقه بهلاك الرهن بطل المقصود به .

١٤١٣٩ - قلنا : هذا يبطل بالمبيع في يد البائع يثبت له حق الحبس نظرًا له ويسقط حقه بتلفه .

* * *

(١) في (م) ، (ص) : [ونظرا] ، وفي (ع) : [ونظر] ، وقد صححناه بحذف الواو .

مسألة ٧١٠

وضع الرهن عند العدلين وهو مما لا يقسم

١٤١٤٠ - قال أصحابنا : إذا وضع الرهن على يد عدلين ، وهو مما لا يقسم [١] ، جاز لأحدهما أن يسلمه إلى [٢] الآخر ، وإن كان مما يقسم أخذ [٣] كل واحد منهما نصيبه [٤] عند أبي حنيفة ، وإن [٥] تركه عند صاحبه ضمن [٦] .

وقال الشافعي رحمه الله في أحد قوليه : لابد أن يكون في أيديهما يضعانه في حرز [٧] لهما ، سواء كان مما لا يقسم أو يقسم [٨] .

لنا : أنهما أمينان في حفظ العين [٩] فلكل واحد منهما أن يحفظه ، كالوصيين .

١٤١٤١ - ولأنهما يستحفظان فكان لهما القسمة للحفظ ، كما لو قال : أودعت كل واحد منهما نصفه [١٠] .

---

(١) في (م) ، (ع) : [يدي عدلين وهو مما لا ينقسم] ، مكان المثبت .

(٢) لفظ : [إلى] ساقط من صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش .

(٣) في (م) : [أخر] ، مكان : [أخذ] .

(٤) في (م) : [نصفه] ، وفي (ع) : [نصيفه] ، مكان : [نصيبه] .

(٥) في (م) ، (ع) : [فإن] .

(٦) لم نقف على هذه المسألة في كتب الحنفية . قال القفال بعد أن ذكر مذهب أبي حنيفة كما ذكره المصنف : « وقال أبو يوسف ومحمد : يجوز أن يضعاه في يد أحدهما بكل حال » في حلية العلماء (٤/٤٣٠) .

(٧) الحرز - بكسر الحاء المهملة ، وسكون الراء - : الموضع الحصين الذي يحفظ فيه الشيء . يقال : أحرزت الشيء إحرازًا حفظته وضمنته وصنته عن الأخذ ، والجمع ، أحراز . راجع : المغرب « الحاء مع الراء » (ص) ١١١ ، لسان العرب ، مادة : « حرز » (٨٣٢/٢) ، المصباح المنير « الحاء مع الراء وما يثلثهما» (١٢٤/١) .

(٨) قال القفال : « فإن اتفقا على وضع الرهن على يد عدلين ، فأراد أحد العدلين أن يجعل الجميع في يد الآخر ، ففيه وجهان ، أصحهما : أنه لا يجوز ، والثاني : يجوز » . راجع المسألة في : المهذب مع تكملة المجموع الثانية « فصل : ويجوز أن يجعل الرهن في يد المرتهن » (٢١٩/١٣ - ٢٢٣) ، حلية العلماء « باب ما يجوز رهنه وما لا يجوز » (٤٢٩/٤ ، ٤٣٠) ، المدونة ، في « الرجلين يرتهنان الثوب بيد من يكون منهما» (١٧٣/٤) ، الكافي « باب الشروط في الرهن » (١٥٦/٢) ، المغني « فصل : فإن جعلا الرهن في يد عدلين جاز » (٣٨٩/٤) .

(٩) في (م) ، (ع) : [العبد] .

(١٠) في (م) ، (ع) : [بصفة] .

١٤١٤٢ - احتجوا : بأن المالك رضي بيدهما [١] ، ولم يرض بيد أحدهما .

١٤١٤٣ - قلنا [٢] : لما استحفظهما وقد علم أنهما لا يتفقان [٣] على إمساكه ، ولا يمكن قسمته ، دلَّ على أنه رضي بكل واحد منهما على الانفراد .

* * *

(١) في (م) ، (ع) : [رضي بيدهما] ، وفي (ص) : [رضي بأحدهما وبيدهما] ، والصواب ما أثبتناه .

(٢) في (ع) : [لنا] مكان [قلنا] .

(٣) في (م) ، (ع) : [لا يتفقا] ، مكان : [لا يتفقان] .



شرط الرهن الفاسد في عقد البيع

١٤١٤٤ - قال أصحابنا : إذا شرط في البيع رهنًا فاسدًا ؛ بطل البيع [١] .

١٤١٤٥ - وقال الشافعي في أحد قوليه : لا يفسد [٢] .

لنا : نهيه ﷺ عن بيع وشرط [٣] .

١٤١٤٦ - ولأنه شرط في البيع رهنًا فاسدًا ؛ فصار كما لو شرط أن يرهن المبيع عنده .

١٤١٤٧ - ولأنه إذا شرط الرهن في البيع ، وذلك تمام البيع على قوله ، وما وقف على [٤] تمام البيع على قول ففساده يوجب فساد البيع ، كالثمن . والله وأعلم .

* * *

(١) لم نقف على هذه المسألة في كتب الحنفية والمالكية بعد .

(٢) راجع المسألة في : المهذب مع تكملة المجموع الثانية (٢١٥/١٣ ، ٢١٦) ، وفي المغني « كتاب الرهن » (٤٢١/٤) .

(٣) تقدم تخريج هذا الحديث في مسألة (٥٧٠) .

(٤) حرف : [على] ساقط من (م) ، (ع) .




مَوْسُوعَة

القواعد الفقهية المقارنة

المُسَمَّاة

التجريد

كتاب التفليس

مسألة [١] ٧١٢

فسخ البيع بإفلاس المشتري بعد دفع السلعة إليه

١٤١٤٨ - قال أصحابنا : إذا دفع البائع السلعة إلى المشتري فأفلس المشتري [٢] ، فسخ البيع ، وكذلك إن مات المشتري مفلسًا فالبائع [٣] وسائر الغرماء في السلعة سواء [٤] .

١٤١٤٩ - وقال الشافعي رحمه الله : إذا أفلس المشتري ، وسأل [٥] الغرماءُ الحاكمَ الحجر عليه ، حجر عليه ، وكان للبائع بعد ذلك [٦] الخيار ، إن شاء كان أسوة الغرماء ، وإن شاء فسخ البيع ، وكان أولى بالمبيع [٧] ولا خيار له قبل الفلس .

---

(١) التفليس ، من باب تفعيل ، متعد أي ، حكم عليه بالإفلاس ، وهو مفلس ، والمفلس في اللغة : هو الذي لا مال له ولا متاع يدفع به حاجته . وفلس من الشيء فلسًا : خلا منه وتجرد ، فهو فلس ، وأفلس الرجل إفلاسًا : صارت دراهمه فلوسًا ، أي : صار ذا فلوس بعد أن كان ذا دراهم ، فهو مفلس والفلوس : أدنى أنواع المال . قال الفيومي : « وحقيقته : الانتقال من حالة اليسر إلى حالة العسر ، وفلّسه القاضي تفليسًا ، نادى عليه وشهره بين الناس بأنه صار مفلسًا » ، وجمع الفلس : فلوس ، وجمع المفلس : مفلسون ومفاليس . وقال ابن رشد في المقدمات : « الفلس : عدم المال ، والتفليس : خلع الرجل من ماله لغرمائه ، والفلس : المحكوم عليه بحكم الفلس ، والمفلس : الذي لا مال له » . قال ابن قدامة : « والمفلس في عرف الفقهاء : من (كان) دينه أكثر من ماله ، وخرجه أكثر من دخله ، وسمّوه مفلسًا وإن كان ذا مال ، لأن ماله مستحق الصرف من جهة دينه ، فكأنه معدوم » ، وقال ابن رشد في بداية المجتهد : « إن الإفلاس في الشرع يطلق على معنيين ، أحدهما : أن يستغرق الدين مال المدين ، فلا يكون في ماله وفاء بديونه ، والثاني : أن لا يكون له مال معلوم أصلًا » . راجع : العين « باب السين واللام والفاء معهما » (٢٦٠/٧) ، مقاييس اللغة « باب الفاء واللام وما يثلثهما » (٤٥١/٤) ، المقدمات الممهدات « باب التفليس » (٣١٥/٢) ، بداية المجتهد « كتاب التفليس » (٣٠٧/٢) ، المغني « كتاب التفليس » (٤٥٢/٤) ، النهاية « باب الفاء مع اللام » (٤٧٠/٣) ، المصباح المنير « الفاء مع اللام وما يثلثهما » (٤٥٦/٢) ، لسان العرب ، مادة : « فلس » (٣٤٦٠/٥) ، المعجم الوسيط (٧٠٧/٢) .

(٢) في جميع النسخ : [البائع] ، مكان : [المشتري ، الصواب ما أثبتناه .

(٣) في (ص) : [والبائع] .

(٤) ساقطة من (ع) .

(٥) في (ع) : [ويسأل] .

(٦) في (م) ، (ع) : [الحجر] ، مكان : [ذلك] .

(٧) في (م) ، (ع) [بالبيع] .

١٤١٥٠ - فإن مات المشتري مفلسًا ثبت [(١)] للبائع الخيار إذا وجد عين ماله ولا يحتاج إلى الحجر ، ويأخذ المبيع بزيادته المتصلة ، ولا يأخذ الزيادة المنفصلة [(٢)] .

١٤١٥١ - وإن أفلس الزوج بالمهر ؛ ثبت للمرأة الخيار في فسخ العقد قبل الدخول ، فإن أفلس بعد الدخول ففيه قولان .

١٤١٥٢ - لنا : قوله تعالى : ﴿ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَـٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ ﴾ [(٣)] ، ظاهر الآية يمنع من تصرف البائع في المبيع من غير رضا المشتري .

١٤١٥٣ - وقال عليه [الصلاة و] السلام : « لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب نفس منه » [(٤)] .

١٤١٥٤ - فإن قيل : عندنا لا يحل للبائع مال المشتري ، وإنما يفسخ العقد ، فيصير المبيع ملكه فيتصرف فيه .

١٤١٥٥ - قلنا : ظاهر الخبر يمنع جواز التصرف بالفسخ ، لأنه تصرف في مال

---

(١) في (ص) : [يثبت] .

(٢) راجع المسألة في : مختصر المزني « كتاب التفليس » ص١٠٢ ، المهذب « باب التفليس » (٣٢٢/١) . قال مالك : يكون البائع أحق بالسلعة لو أفلس المشتري ، وفي موته مفلسًا يكون أسوة الغرماء ، وبه قال أحمد وأصحابه ، قال ابن الجلاب في التفريع : ومن باع من رجل سلعة ثم أفلس مشتريها قبل أن يقبض البائع ثمنها ، فوجدها البائع عنده ، فهو بالخيار ، إن شاء أخذها بالثمن الذي باعها به وإن شاء تركها ، وخاص غرماءه بثمنها « وقال ابن جزي » من باع سلعة ثم أفلس المشتري أو مات قبل أداء الثمن ، فله ثلاثة أحوال الأول : يكون البائع أحق بسلعته في فلس المشتري وموته ، وذلك إذا كانت السلعة باقية بيد البائع . الثانية : يكون البائع أحق بالسلعة في فلس المشتري دون موته ، وهو إذا كانت السلعة باقية بيد المشتري ، وقال الشافعي : « هو أحق بها في الموت والفلس ، وعكسه أبو حنيفة ، الثالثة : يكون البائع فيها سواء مع سائر الغرماء في الموت والفلس وهذا إذا كانت السلعة ، قد فاتت أو ذهبت » . وقال علي بن سليمان المرداوي الحنبلي : « إن من وجد عنده عينًا باعها إياه فهو أحق بها ، بشرط أن يكون المفلس حيًا ، ولم ينقد من ثمنها شيئًا ، والسلعة بحالها » ، ثم قال : « فلو مات كان صاحبها أسوة الغرماء مطلقًا على الصحيح من المذهب وعليه الأصحاب » . راجع تفصيل المسألة في : المدونة ، في « فيمن باع سلعة من رجل فمات المشتري إلخ » (١٢٢/٤) ، التفريع « باب القضاء في المداينات والتفليس » ، فصل ٩٩٦ ، الكافي لابن عبد البر ، « كتاب التفليس ، والحجر] (٨٢٣/٢) ، المنتقى (٨٩/٥ ، ٩١) ، بداية المجتهد « كتاب التفليس » (٣١٠/٢ ، ٣١٢) ، قوانين الأحكام الشرعية ص٣٣٠ ، المسائل الفقهية « كتاب الرهن ، والتفليس ، والحجر إلخ » (٣٦٧/١) ، الإفصاح « باب الحجر على المفلس » (٣٧٢/١) ، الكافي لابن قدامة (١٧٤/٢ ، ١٧٩) ، المغني « كتاب المفلس » . (٤٥٣/٤ ، ٤٥٤) .

(٣) سورة النساء : الآية ٢٩ .

(٤) تقدم تخريجه .

المشتري وفسخ الملك فيه .

١٤١٥٦ - ويدل عليه : ما روى معمر ، عن الزهري ، عن عبد الرحمن بن كعب بن مالك ، قال : « استدان معاذ بن جبل حتى أغلق [(١)] ماله ، فأتى النبي ﷺ ليكلم له غرماءه ، فلو تركوا لأحد من أجل أحد لتركوا لمعاذ من أجل رسول الله ﷺ ، قال : فباع لهم النبي ﷺ متاعه حتى قام معاذ بغير شيء » [(٢)] .

ولم يرد ﷺ على أحد عين ماله ، ولا بين لهم ثبوت الخيار ، ومعلوم أن من أفلس بمتاع ابتاعه لا يخلو أن يكون [(٣)] فيه ما لم يدفع ثمنه ، فلو كان لمالك المتاع [(٤)] الخيار لذكر ﷺ ذلك له .

١٤١٥٧ - ويدل عليه : أن كل عين إذا قبضت ملك التصرف فيها من جميع الوجوه ، فلا يكون للمقبوض منه حق الفسخ فيها بسبب الفلس ، وإن حكم به ، كالهبة .

١٤١٥٨ - قالوا : الواهب إذا سلم انقطع العَلَق بينه وبين الموهوب [(٥)] ، وفي مسألتنا : علقة الثمن قائمة ، فَوِزَانُ الهبة من المبيع أن يدفع المشتري الثمن ثم يفلس .

١٤١٥٩ - قلنا : لا نسلم أن علقة الواهب انقطعت ، لأن له حق الرجوع عندنا .

١٤١٦٠ - وقولهم إن علق البائع لم ينقطع [(٦)] : يبطل بالراهن إذا رد عليه الرهن ، فعلقة الرهون له لم تنقطع بينهما ولا يثبت [(٧)] له استرجاع الرهن .

ولأنها عين لا يجوز الرجوع فيها [(٨)] قبل الفلس ، فلا يجوز بعد الفلس والموت ، أو

---

(١) في (ص) : [أعور] ، وفي (م) ، (ع) : [أغزر] ، مكان : [أغلق] ، المثبت من كتاب الحديث .

(٢) هذا الحديث رواه أبو داود « باب ما جاء في التجارة » ص٣٠ ، والبيهقي في الكبرى « كتاب التفليس » ، « باب الحجر على المفلس وبيع ماله في ديونه » (٤٨/٦) ، والمنتقى « كتاب التفليس » ، « باب الحجر على المدين » ص٤٦٤ الحديث (٢٩٩٦) ، وأخرجه البيهقي في « كتاب البيوع » ، « باب المفلس والمحجور عليه » (٢٦٨/٨ ، ٢٦٩) الحديث (١٥١٧٧) « كتاب التفليس » (٣٧/٣) ، الحديث (١٢٣٣) ، الهداية في تخريج أحاديث البداية (٥٩/٨ ، ٦٠) الحديث (١٥٤٢) .

(٣) في (م) ، (ع) : [إما أن يكون] ، بزيادة [إما] .

(٤) في (م) ، (ع) : [المبتاع] .

(٥) في ص : [المعلق] مكان : [العلق] ، وفي (م) ، (ع) : [بنية الموهوب] ، مكان : [بينه وبين الموهوب] .

(٦) في (م) ، (ع) [لا ينقطع] .

(٧) في (م) [لم ينقطع] ، مكان : [لم تنقطع] ، وفي (م) ، (ع) : [ولا ثبت] ، مكان : [ولا يثبت] .

(٨) في (م) ، (ع) [عين مال] ، بزيادة : [مال] ، وقوله [فيها] ساقط منهما .

بعد الفلس والحكم به كالرهن .

١٤١٦١ - قالوا : إذا رد الرهن وفسخ العقد ارتفع العقد ، فلم يجز أن لا يعقد آخر ، وتسليم المبيع ليس بفسخ للبيع ، فإذا نقص محل [1] حقه ، ثبت له الخيار .

١٤١٦٢ - قلنا : رد الرهن فسخ للعقد ، فلا يعود حق المرتهن إلا بعقد . كذلك تسليم المبيع ويستقر به البيع ولا يعود الملك إلى البائع إلا بعقد ، ونقصان محل الحق بالعكس كنقصانه بالجنون .

ولأنه سلم المبيع برضاه ؛ فوجب أن لا يثبت له فسخ البيع من غير عيب ، إذا أفلس ولم يحجر الحاكم عليه ولم يمت .

١٤١٦٣ - ولا يلزم : البيع بالخيار إذا باع عبدًا بجارية ؛ / لأن الأصل والفرع يستويان فيه . ١٦٢/ب

١٤١٦٤ - ولا يلزم : إذا سلم [2] المبيع [ثم وجد الثمن وسلَّمه لأنه يفسخ القبض ، ولا يفسخ العقد .

١٤١٦٥ - ولا يلزم إذا سلم المبيع][3] مكرهًا ، لأنا قلنا : سلم برضاه ، ولأن هنا لا يفسخ[4] .

١٤١٦٦ - ولا يلزم إذا باع المريض بمعاينة الشهود ثم مات وعليه ديون في المرض ، لأن البائع لا يفسخ البيع ، وإنما نقدم على ديون المرض .

١٤١٦٧ - ولأنه أثبت البيع [5] بثمن في الذمة ، فلم يكن له فسخه . أصله : قبل الحكم [6] بالحجر .

١٤١٦٨ - احتجوا : بما روى مالك ، عن يحيى بن سعيد ، عن أبي بكر بن محمد بن عمرو بن حزم ، عن عمر بن عبد العزيز ، عن أبي بكر بن عبد الرحمن بن الحارث بن هشام ، عن أبي هريرة ﷺ : أن النبي ﷺ قال : « أيما رجل أفلس ، فأدرك الرجل متاعه بعينه ، فهو أحق به من الغرماء » [7] .

---

(١) في (م) ، (ع) [على] ، مكان : [محل] .

(٢) في (ع) : [أسلم] .

(٣) ما بين المعكوفتين : ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش .

(٤) في (م) ، (ع) : [لا ينفسخ] . (٥) في (م) ، (ع) : [للبيع] .

(٦) في (م) ، (ع) : [الحاكم] .

(٧) أخرجه مالك بهذا الإسناد واللفظ ، في الموطأ « كتاب البيوع » ، « باب ما جاء في إفلاس الغريم » (٦٧٨/٢) =

١٤١٦٩ - قالوا : روى ابن خزيمة : أن النبي ﷺ قال [(١)] : « إذا أفلس الرجل فوجد غريمه ماله بعينه ، فهو أحق به من الغرماء » [(٢)] .

١٤١٧٠ - قالوا : روى ابن جرير ، عن أبي كريب [(٣)] ، عن أسامة ، عن سفيان ، عن يحيى ابن سعيد ، عن أبي بكر بن محمد [بن عمرو] [(٤)] بن حزم ، عن [(٥)] عمر بن عبد العزيز ، عن أبي بكر ﷺ : « أن النبي ﷺ قال : « من باع سلعة [(٦)] فأفلس صاحبها فوجدها ، فهو أحق بها دون الغرماء » [(٧)] .

١٤١٧١ - قالوا : وروى الشافعي ، عن أبي فُديك ، عن ابن أبي ذئب ، قال : أخبرنا أبو المعتمر بن عمرو بن رافع ، عن أبي خلدة الزرقي [(٨)] وكان قاضي المدينة قال :

= الحديث (٨٨) ، والشافعي في المسند « كتاب التفليس » (١٦٢/٢) ، الحديث (٥٦٢) ، وعبد الرزاق في المصنف « كتاب البيوع » ، « باب الرجل يفلس فيجد سلعته بعينها » (٢٦٤/٨) ، الحديث (١٥١٦٠) ، وأبو داود في السنن « كتاب البيوع » ، « باب في الرجل يفلس فيجد الرجل متاعه بعينه عنده » (٢٨٠/٢) ، والبخاري بألفاظ متقاربة في الصحيح ، في « الاستقراض » ، « باب إذا وجد ماله عند مفلس » (٥٨/٢) ، ومسلم في الصحيح « كتاب المساقاة » ، « باب من أدرك ما باعه عند المشتري وقد أفلس » (١١٩٣/٣) ، الحديث (١٥٥٩/٢٢) ، والترمذي في السنن « كتاب البيوع » ، « باب ما جاء إذا أفلس للرجل غريم » (٥٥٣/٣ ، ٥٥٤) ، الحديث (١٢٦٢) ، والنسائي في المجتبى « كتاب البيوع » ، في « الرجل يبتاع فيفلس » (٣١١/٧) ، وأحمد في المسند ، في مسند أبي هريرة ﷺ (٢٥٨/٢) ، راجع تخريجه أيضا في الهداية في تخريج أحاديث البداية (٦٧/٨ ، ٦٨) ، الحديث (١٥٤٧) .

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) .

(٢) أخرجه مسلم في الصحيح ، كتاب المساقاة « باب من أدرك ما باعه عند المشتري وقد أفلس » (١١٩٤/٣) الحديث (١٥٥٩/٢٤) ، وأحمد نحوه في المسند ، في « مسند أبي هريرة ﷺ » (٤١٠/٢) ، والطحاوي في المعاني « كتاب القضاء » (١٦٤/٤) .

(٣) في (م) ، (ع) : [أبي كربت] .

(٤) الزيادة : من كتب الحديث .

(٥) لفظ : [عن] كرر في (ع) .

(٦) في جميع النسخ : [متاعه] ، مكان : [سلعة] ، والمثبت من سنن الدارقطني .

(٧) أخرجه الدراقطني من طريق زيد بن أبي الورقاء ، و الفريابي ، عن سفيان بهذا الإسناد واللفظ ، في السنن [كتاب البيوع] (٢٩/٣) ، الحديث (١٠٨) ، وفي [كتاب في القضية] ، [باب المرأة تقتل إذا ارتدت] (٢٣٠/٤) الحديث (٩١) ، ومسلم من طريق أبي بكر ابن أبي شيبة ، عن سفيان به ، بمعناه في الصحيح ، الباب السابق (١١٩٣/٣) ، الحديث (١٥٥٩/٢٢) ، وابن ماجه في السنن [كتاب الأحكام] ، [باب من وجد متاعه بعينه عند رجل قد أفلس] (٧٩٠/٢) ، الحديث (٢٣٥٨) ، والبيهقي من طرق مختلفة عن سفيان بنفس الإسناد ، بمعناه ، في الكبرى ، الباب السابق (٤٥/٦) .

(٨) في سائر النسخ : « وروى الشافعي عن أبي وائل عن ابن أبي ذئب قال أخبرنا المعتمر بن عمرو بن نافع عن جده أو عن أبي حازم الزرقي » مكان المثبت ، وما أثبتناه من مسند الشافعي .

جئنا أبا هريرة في صاحب لنا قد أفلس ، فقال : هذا [١] الذي قضى فيه رسول الله ﷺ : « أيما رجل مات أو أفلس ، فصاحب المتاع أحق بمتاعه إذا وجده بعينه » [٢] .

١٤١٧٢ - قالوا : وروى النيسابوري في الزيادات ، عن الزعفراني ، عن شبابة ، عن ابن أبي ذئب ، عن أبي المعتمر ، عن عمر بن خلدة [٣] الأنصاري ، عن أبي هريرة ﷺ قال : قضى رسول الله ﷺ في رجل مات أو أفلس : « أن صاحب المتاع أحق بمتاعه إذا وجده بعينه إلا أن يترك وفاء » [٤] .

١٤١٧٣ - قالوا : وروى الدارقطني عن عبد الرزاق ، عن معمر ، عن أيوب ، عن عمرو بن دينار [٥] ، عن هشام بن يحيى ، عن أبي هريرة ﷺ ، عن النبي ﷺ أنه [٦] قال : « إذا أفلس الرجل ، فوجد البائع سلعته بعينها ، فهو أحق بها دون الغرماء » [٧] .

١٤١٧٤ - الجواب [٨] : أن مدار هذا الحديث على أبي هريرة ﷺ ، وقد روي ما ذكروه ، وروي ما يخالفه .

١٤١٧٥ - روى ابن وهب ، عن يونس ، عن ابن شهاب ، قال : أخبرني أبو بكر ابن عبد الرحمن : أن رسول الله ﷺ قال [٩] : « وإن كان قضى من ثمنها شيئًا ، فهو

---

(١) الزيادة : من (م) ، (ع) .

(٢) أخرجه الشافعي بهذا الإسناد واللفظ ، في المسند « كتاب التفليس » (١٦٣/٢) ، الحديث (٥٦٤) ، وابن ماجه في السنن ، الباب السابق (٧٩٠/٢) ، الحديث (٢٣٦٠) ، وابن الجارود في المنتقى « أبواب القضاء في البيوع » ص١٦٠ ، ١٦١ ، الحديث (٦٣٤) ، والحاكم في المستدرك « كتاب البيوع » (٢/ ٥٠، ٥١) ، وأبو داود ، من طريق الطيالسي ، بنفس الإسناد نحو هذا اللفظ ، « كتاب البيوع » ، « باب في الرجل يفلس فيجد الرجل متاعه بعينه عنده » (٢٨١/٢) ، وانظر : الهداية في تخريج أحاديث البداية (٧١/٨ ، ٧٢) ، ضمن الحديث (١٢٣٥) .

(٣) في جميع النسخ : [عمرو بن خالد] ، والمثبت من سنن الدارقطني .

(٤) أخرجه الدراقطني بهذا الإسناد واللفظ ، في السنن [كتاب البيوع] (٢٩/٣) ، الحديث (١٠٦) .

(٥) في جميع النسخ : [عمرو بن يسار] ، والمثبت من مصنف عبد الرزاق .

(٦) الزيادة : من (م) ، (ع) .

(٧) أخرجه عبد الرزاق بهذا السند واللفظ ، في المصنف « كتاب البيوع » ، « باب الرجل يفلس فيجد سلعته بعينها » (٢٦٥/٨) ، الحديث (١٥١٦٢) ، والدارقطني في السنن « كتاب البيوع » (٣٠/٣) ، الحديث (١١٢) ، والبيهقي في الكبرى « كتاب التفليس » ، « باب المشتري يفلس بالثمن » (٤٦/٦) ، كلاهما من طريق عبد الرزاق .

(٨) في (م) ، (ع) : [الجواب] بالعطف .

(٩) لفظ : [قال] ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) ، واستدركه المصنف في الهامش .

أسوة الغرماء » [١] ، قال أبو بكر : « وقضى رسول الله ﷺ أنه من تُوفيَ وعنده سلعة رجل بعينها ، لم يقبض شيئًا من ثمنها ، فصاحب السلعة أسوة الغرماء فيها [٢] .

١٤١٧٦ - وكذلك رواه مالك عن ابن شهاب [٣] ، ورواه إسماعيل بن عياش[٤] ، عن الزبيدي ، عن الزهري ، وذكر فيه : أبو بكر بن عبد الرحمن ، عن أبي هريرة ﷺ[٥] ، ففرق في هذا الخبر بين أن يدفع بعض الثمن ، أو لا يدفع شيئًا وفرق بين الحياة [٦] والموت ، وسوَّى في خبرهم بين الأمرين ، وهذا يدلُّ على ضعف الخبر فلم يضبطه في الأصل ، لأن الراوي واحد والخبر واحد ، فإذا قصّاها [٧] حكاية عُلِم أنها غير مضبوطة .

١٤١٧٧ - وروى أبو عصمة نوح بن أبي مريم ، عن الزهري ، عن أبي بكر بن عبد الرحمن بن الحارث بن هشام ، عن أبي هريرة ﷺ قال : قال « رسول الله ﷺ : « إذا أفلس الرجل فوجد رجل متاعه ، فهو بين غرمائه » [٨] .

١٤١٧٨ - وروى ابن قيس عن أبي مليكة ، عن أبي هريرة ﷺ قال : قال رسول الله

---

(١) أخرجه أبو داود بهذا الإسناد واللفظ ، في « كتاب البيوع » ، « باب في الرجل يفلس فيجد الرجل متاعه بعينه عنده » (٢٨١/٢) .

(٢) قول أبي بكر : أخرجه الطحاوي في المعاني ، « كتاب القضاء » ، « باب الرجل يبتاع سلعة في قبضها ثم يموت وثمنها عليه دين » (١٦٦/٤) .

(٣) رواه مالك ، عن ابن شهاب ، في الموطأ « كتاب البيوع » ، « باب ما جاء في إفلاس الغريم » (٦٧٨/٢) الحديث (٨٧) ، وعبد الرزاق من طريق مالك نحوه ، في المصنف ، الباب السابق (٢٦٨/٨) ، الحديث (١٥١٥٨) ، وأبو داود في السنن « كتاب البيوع » ، « باب في الرجل يفلس فيجد الرجل متاعه بعينه عنده » (٢٨١/٢) ، والطحاوي في كتاب القضاء باب الرجل يبتاع سلعة في قبضها ثم يموت وثمنها عليه دين . راجع تخريجه أيضًا في الهداية (٧٣/٨ ، ٧٤) ، ضمن الحديث (١٥٤٨) .

(٤) في جميع النسخ : « إسماعيل بن عامر » ، المثبت من كتب الحديث .

(٥) أخرجه ابن الجارود بهذا الإسناد ، في المنتقى [أبواب القضاء في البيوع] ص١٦٠ ، الحديث (٦٣٢) ، وأبو داود في كتاب البيوع باب في الرجل يفلس فيجد الرجل متاعه عنده (٢٨١/٢) ، والدار قطني في السنن « كتاب البيوع » (٣٠/٣) ، الحديث (١١٠) ، والبيهقي في الكبرى « كتاب التفليس » ، « باب المشتري يموت مفلسًا بالثمن » (٤٧/٦) ، وراجع تخريجه أيضًا في الهداية (٧٣/٨ ، ٧٣) ، ضمن الحديث (١٥٤٨) .

(٦) في (م) ، (ع) : [حال الحياة] ، بزيادة : [حال] .

(٧) في (م) ، (ع) : [قضاها] .

(٨) أخرجه ابن حزم في « كتاب المداينات والتفليس » (٤٨٨/٦) المسألة (١٢٨٣) ، وقال ابن حزم بعد أن أخرجه : « وأبو عصمة كذاب مشهور بوضع الحديث على رسول الله ﷺ » .

[ﷺ] [1] : « من باع بيعًا فوجده بعينه وقد أفلس الرجل ، فهو ماله بين غرمائه » [2] .

١٤١٧٩ – ذكر هذين الخبرين أبو بكر الرازي في الشرح ، وإذا اختلفت الرواية عن أبي هريرة وجب التوقف حتى يعلم أصل الخبر .

١٤١٨٠ – ثم حديث عمر بن عبد العزيز ، وحديث بشير بن نهيك [3] هما أصل الخبر ، ولا دلالة فيهما ؛ لأنه قال : « من وجد متاعه بعينه » ، وحقيقة هذا تقتضي [4] : متى وجد مال نفسه وما باعه ، وملك [5] المبتاع ليس بمتاع البائع ، فلابد أن يحمل على ملك الواحد في الحقيقة ، وهو ما يسلمه على وجه السوم ، أو [6] لو باعه وشرط الخيار لنفسه أو [7] ، لو كان وديعة عند المفلس ، أو أمانة حتى يستعمل [8] حقيقة اللفظ ، ولا يعدل إلى مجازه [9] .

١٤١٨١ – فإن قيل : لو كان المراد ما ذكرتم ، لم يكن لشرط الفلس [10] معنى ، لأن السلعة إذا كانت على ملك الطالب ، فهو أحق بها ، أفلس من هي في يده أو لم يفلس .

١٤١٨٢ – قلنا : هو كذلك ، لكن حال المفلس يتعلق فيها [11] حق الغرماء بماله ، فتبين [12] أنه وإن كان كذلك فإن ما لغيره لا يتعلق حقوق الغرماء به وإن كان في ضمانه .

١٤١٨٣ – فإن قيل : فلم شرط أن يجده بعينه ؟ .

١٤١٨٤ – قلنا : لأنه إذا لم يكن بعينه ، صار دينًا في ذمته ، فصاحبه [13] وسائر الغرماء في المطالبة سواء .

---

(١) ما بين المعكوفتين : ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) ، واستدركه المصنف في الهامش .

(٢) أخرجه ابن حزم في نفس المصدر السابق (٤٨٨/٦) ، وقال : [وعمر بن قيس ضعيف جدًا] .

(٣) في جميع النسخ : [بشير بن نهيك] ، والمثبت من كتب الحديث ، وقد تقدم تخريج حديثهما في هذه المسألة ، ولأحمد بن عليّ الرازي شرح الجامعين لمحمد ، وشرح مختصر الطحاوي ، وشرح مختصر الكرخي ، لعل المراد هنا هو شرح الجامع الصغير ، ويحتمل الكبير .

(٤) في (م) ، (ع) : [يستكمل] .

(٥) في (م) ، (ع) [وملكه] .

(٦) لفظ : [أو] ساقط من (م) ، (ع) .

(٧) لفظ : [أو] ساقط من (م) ، (ع) .

(٨) في (م) ، (ع) : [يستكمل] .

(٩) في (م) ، (ع) : [عبارة] ، مكان [مجازه] .

(١٠) في (ع) : [المفلس] .

(١١) في (م) ، (ع) : [مال المفلس يتعلق بها] ، مكان المثبت .

(١٢) في (م) ، (ع) : [فبين] .

(١٣) في (م) ، (ع) : [وصاحبه] .

١٤١٨٥ - قالوا : « أحق به » [١] ، ولفظة : « أفعل » تفيد اشتراك الاثنين في الحق .

١٤١٨٦ - قلنا : وقد يستعمل الاثنان [٢] الحق لأحدهما ، مع قطعه عن الآخر ، قال اللّٰه تعالى : ﴿ وَٱللَّهُ وَرَسُولُهُۥٓ أَحَقُّ أَن يُرْضُوهُ ﴾ [٣] ، ويقال : محمد أحق بالنبوة من مسيلمة .

ولأن المبيع المشروط فيه الخيار للبائع يثبت فيه حق البائع وحق المشتري ، والبائع أحق به ، فيستحق أن يستعمل فيه لفظة : « أفعل » على الاشتراك .

١٤١٨٧ - فإن قيل : النبي ﷺ بيَّنَ ما يُشْكِلُ ، ولا شبهة في الأحكام ، وإن كانت ظاهرة ، كما تبين ما يشكل ، ولو لم تُبَيَّنْ أحكامٌ بماله لصارت مشكلة ؛ ألا ترى : إلى ماروى سمرة بن جندب قال : قال رسول اللّٰه ﷺ : « من سرق متاعه فوجده [٤] ، فهو أحق به » [٥] ، فإذا قال ذلك في المسروق لم يمتنع أن يقوله في الوديعة ، والمقبوض بالسوم ، والمشروط فيه الخيار .

١٤١٨٨ - فأما حديث أبي كريب ، وفيه : « من باع سلعة فأفلس صاحبها فوجدها ، فهو أحق بها دون الغرماء » ، فمحمول [٦] على من باع بشرط الخيار ، لأن النبي ﷺ جعله أحق بها إذا وجدها ، ولم يشترط أن يجدها في يد المشترى ، وهو لا يكون أحق بها في جميع الأحوال إلا أن يكون الخيار له ، فيأخذها من يد المبتاع ومن يد المبتاع منه ، وإذا لم يمكن [٧] استعمال العموم إلا بتخصيص أول الخبر خصصناه .

١٤١٨٩ - وأما [٨] حديث ابن أبي ذئب ، عن أبي [٩] المعتمر ، فأبو المعتمر لا يُدري من هو [١٠] ، ولم يسمع له بذكرٍ في حديث سوى هذا الحديث .

---

(١) في (م) ، (ع) : [حق به] .
(٢) في (ع) : [تستعمل] ، مكان : [يستعمل] ، وفي (م) ، (ع) : [الابنان] ، مكان : [الاثنان] .
(٣) سورة التوبة ، الآية (٦٢) .
(٤) في (ص) : [فوجد] ، بدون الهاء .
(٥) حديث سمرة بن جندب ﷺ : أخرجه الطحاوي في المعاني ، « كتاب القضاء » ، « باب الرجل يبتاع سلعة في قبضها ثم يموت وثمنها عليه دين » (١٦٥/٤) .
(٦) في جميع النسخ : [محمول] ، بدون الفاء ، وما أثبتناه أصح .
(٧) في (م) ، ع : [لم يكن] .
(٨) في (م) ، (ع) : [فأما] .
(٩) لفظ : [أبي] ساقط من (م) ، (ع) .
(١٠) راجع ترجمته في : الجرح والتعديل (٤٤٣/٩) ، الترجمة (٢٢٣٨) ، ميزان الاعتدال (٥٧٥/٤) ، الترجمة (١٠٦٢٠) ، تقريب التهذيب (٤٧٤/٢) ، الترجمة (٩٩) .

١٤١٩٠ - على أن فيه ..... [١] فصاحب المتاع أحق بمتاعه » وهذا معنى الكلام الأول ، وقد بينا أنه لايتناول مازال ملك البائع عنه .

١٤١٩١ - وأما [٢] الخبر الذي فيه : « فصاحب المتاع أحق بمتاعه إلا أن يترك [٣] وفاء » فراويه [٤] أيضًا أبو المعتمر ، وقد بينا أنه ليس بحجة .

١٤١٩٢ - ولأنه مستحيل [٥] أن يكون تكلم بهذه الألفاظ جميعًا [٦] ، وإذا أحسنا الظن فقد نقل الرواة المعنى ، وزاد كل واحد منهم فيما حمل [٧] المعنى عليه ، ولا يجوز الرجوع إليه حتى يتحقق لفظ رسول الله ﷺ ، فكيف نقبل هذا الخبر ؟ .

وأبو هريرة يروي الفرق بين الفلس [٨] والموت ، وفي هذا الخبر التسوية بينهما ، وهل يكون في التضاد والاختلاف أكثر من هذا ؟ .

ثم هو محمول على المريض إذا ابتاع شيئًا وعليه ديون أقر بها في مرضه ثم مات ، فإن لم يترك وفاء فصاحب المتاع [٩] أحق بأن تباع [١٠] ، وإن ترك وفاء حقُّه وحقُّ غرماء المرض ، فاستووا [١١] جميعًا ، ولم يكن [١٢] قضاء دينه من المبيع أولى من بقية التركة .

١٤١٩٣ - وأما [١٣] حديث هشام بن يحيى ، عن أبي هريرة : « إذا أفلس الرجل فوجد البائع سلعته بعينها ، فهو أحق بها دون الغرماء » ، فهذا محمول على من باع وشرط الخيار لنفسه حتى يصح أن يضيف السلعة إليه ، وفائدة ذكر الفلس : أن بَيَّنَ ﷺ أن المشتري وإن ثبت له حق فيها ، فلا يعتد بذلك مع بقاء ما يدل على الاضطراب .

١٤١٩٤ - وخبر معاذ بن جبل خبر ظاهر محكم ، ونحن نعلم أن من ابتاع السلع

---

(١) مكان النقط بياض في (ص) ، وليس في الجملة انقطاع في المعنى .

(٢) في (م) ، (ع) : [فأما] .

(٣) في (ص) ، (م) : [أن يجد] ، وفي (ع) : [أن يترك] .

(٤) في (م) : [فرواته] ، وفي (ع) : [فرواية] .

(٥) في (م) ، (ع) : [يستحيل] .

(٦) لفظ : [جميعًا] ساقط من (م) ، (ع) .

(٧) في الأصل [حلم] ، والصواب ما أثبتناه .

(٨) في (ع) : [المفلس] .

(٩) في (م) ، (ع) : [المبتاع] .

(١٠) في جميع النسخ : [بأن تباع] ، لعل الصواب : [بمتاعه] .

(١١) في (م) ، (ع) : [فاستوفى] .

(١٢) لفظ : [يكن] ساقط من (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش .

(١٣) في (م) ، (ع) : [فأما] .

حتى أفلس لابد أن يكون ما في يده مما ابتاعه وثمنه عليه أو بعضه ، فلما سوى رسول الله [ﷺ [1]] بين غرماء معاذ في ماله ولم يبين لهم اختصاص من باع شيئا بما باعه ، كان الرجوع إليه أولى [2] .

١٤١٩٥ - قالوا : رويَ عن عمر ، وعليٍّ ﷺ مثل قولنا [3] ، ولا مخالف لهما [4] .

١٤١٩٦ - قلنا : إنما اعتمد أصحابنا في هذه المسألة [5] على قول عليٍّ ، والحسن ، وابن سيرين ، والنخعي [6] .

١٤١٩٧ - وقالوا : العمل على خبر معاذ ، وقد وافقه قول السلف ، فهو أولى .

١٤١٩٨ - وروي حديث هشام الدستوائي [7] ، وشعبة ، عن خلاس ، عن عليٍّ ، قال : « إذا أفلس [8] الرجل أو مات والسلعة قائمة بعينها ، فهو أسوة الغرماء » [9] ، ذكر هذا عيسى [10] في « الحجة » ، وابن شجاع في « الآثار » ، فهذا قول السلف ، عليه عملنا ، وما حكوا عن عثمان [11] لا نعرفه ، ولا بينوا [12] طريقه .

---

(١) الزيادة : من (م) ، (ع) .

(٢) لفظ : [أولى] ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش .

(٣) لم نعثر على أثريهما بعد ، وقد عزا البيهقي أثر عليٍّ إلى ابن المنذر ، في مختصر الخلافيات ، ورقة (٢١٤ أ) .

(٤) في (م) ، (ع) : [لهم] ، مكان [لهما] .

(٥) في (ع) : [هذا] ، مكان : [هذه] ، ولفظ : [المسألة] ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص)، واستدركه الناسخ في الهامش .

(٦) في (م) ، (ع) [والحسن بن سيرين] ، مكان : [والحسن وابن سيرين] ، وسيأتي تخريج أثر عليٍّ ﷺ في المسألة . وأما قول الحسن : فأخرجه ابن أبي شيبة في المصنف « كتاب البيوع » (١٩/٥) ، والطحاوي في المعاني « كتاب القضاء » ، « باب الرجل يبتاع سلعة في قبضها ثم يموت وثمنها عليه دين » (١٦٧/٤) ، وأخرجه عبد الرزاق في المصنف « كتاب البيوع » (٢٦٦/٨) ، الأثر (١٥١٦٨) .

(٧) في (م) ، (ع) : [الدستواني] ، بالنون بدل الهمزة .

(٨) في (م) ، (ع) : [أسلف] .

(٩) أثر عليٍّ ﷺ : أخرجه ابن أبي شيبة ، في المصنف « كتاب البيوع » ، الأثر (٩) ، وعبد الرزاق في المصنف « كتاب البيوع » (٢٦٦/٨) ، الأثر (١٥١٧٠) .

(١٠) لفظ : [عيسى] ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش .

(١١) في (م) ، (ع) : [حكوه] ، مكان : [حكوا] ، أخرجه الدارقطني في السنن « كتاب البيوع » (٣١/٣ ، ٣٢) ، الأثر (١٢٢) ، وابن حزم في المحلى بالآثار (٤٨٥/٦) ، المسألة (١٢٨٣) .

(١٢) في (م) ، (ع) : [ولاسوا] .

١٤١٩٩ - وقد رويَ عن عمر ﷺ : « أنه باع متاع أُسَيفع [١] في دَينه ، وقد كان ادَّان حتى أفلس » [٢] .

١٤٢٠٠ - والظاهر في مثله : أنه لم يدفع السلعة ، وسوَّى عمر بين الغرماء فيها / ١٦٣/أ بحضرة الصحابة من غير نكير ، وهذا إجماع سبق عثمان .

١٤٢٠١ - قالوا : معاوضة يلحقها الفسخ ، فوجب أن يكون للمعاوض خيار الفسخ بخراب ذمة من عليه الحق ، كالكتابة .

١٤٢٠٢ - قلنا : المعنى في عقد الكتابة أنه لم يسقط حقه من [٣] الرقبة ، فوزانه إذا لم يسلم البائع المبيع ؛ وفي مسألتنا : أسقط حقه بالبيع [٤] فصار وزانه العتق على مال .

١٤٢٠٣ - ويبطل ما قالوه إذا مات [٥] المشترى عن وفاء ، فذمته قد [٦] خربت بموته ، ولا خيار للبائع .

١٤٢٠٤ - ولأن المكاتِب [٧] يثبت له حق الفسخ بخراب ذمته فلا يثبت [٨] لبائعه .

١٤٢٠٥ - ولأن عقد الكتابة لا يكمل فيه الاستحقاق ؛ لأن المولى لا يثبت له [٩] على عبده حق صحيح ، ولا يثبت [١٠] للعبد على مولاه ، فإذا لم يكمل أحكام العقد ، صار كالبيع المشروط فيه الخيار ، فأما البيع فقد كمل الاستحقاق فيه ، فصار كالعتق على مال .

١٤٢٠٦ - قالوا : مبيع على [صفته ، لم يتعلق بحق الغير ، فإذا أفلس بثمنه كان البائع أحق به . أصله : إذا لم يسلم المبيع .

١٤٢٠٧ - قلنا : قولكم : « مبيع على] [١١] صفته » لا تأثير له ؛ لأنه لم يؤثر بزيادة أو نقصان فكان أحق به .

---

(١) في (ع) : [متاعًا] ، مكان : [متاع] ، وفي سائر النسخ : [أسقع] ، مكان : [أسيفع] والذي أثبتناه من موطأ مالك (٧٧٠/٢) .

(٢) سيأتي تخريجه بهذا المعنى مطولًا في مسألة (٧١٣) ، هامش (٤٧) .

(٣) في (م) ، (ع) : [عن] .

(٤) في (م) ، (ع) [بالمبيع] .

(٥) في (م) ، (ع) : [باع] ، مكان : [مات] .

(٦) الزيادة : من (م) ، (ع) .

(٧) في (ع) : [الكاتب] .

(٨) في (م) ، (ع) : [فلا ثبت] .

(٩) في (م) ، (ع) : [لا ثبت] .

(١٠) في (م) ، (ع) : [لا ثبت] .

(١١) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش .

١٤٢٠٨ - وقولكم : « لم يتعلق حق الغير به » لا نسلم ، لأن حق الغرماء بالموت تعلق به .

١٤٢٠٩ - قالوا : نريد به حال الحياة .

١٤٢١٠ - قلنا لم يصح ؛ لأن الوصف وإن سَلِمَ فالبائع [1] لا يكون أحق به عندهم بالفلس .

١٤٢١١ - فإن قالوا : بالفلس والحجر ، لم نسلم لهم أن الحجر يثبت [2] في الفلس .

١٤٢١٢ - ولأنه إذا لم يسلم المبيع فلم يسقط حقه عنه ، فكان أخص به من الغرماء ، وإذا سلمه فقد رضي بإسقاط حقه ونقله إلى الذمة [3] ، فساوى الغرماء .

ولأن قبل القبض لا يكون البائع أحق به عندنا ، وإنما يكلف [4] المشتري البيع وقضاء الثمن ؛ لأن تصرفه لا يجوز إلا بأمر البائع ، وإذا لم يأذن إلا في تصرف لا يسقط حقه عن الثمن تعلق به ، وبعد القبض تصرف المشتري لا يقف على رضا البائع ؛ فجاز مطلقًا ، فلم يختص بثمنه البائع دون غيره .

١٤٢١٣ - قالوا : ضرر إن لحق البائع في ماله قبل القبض كان أحق بالمبيع ، وكذلك بعد القبض . أصله : إذا باع المريض عبدًا وقبضه وأقر بديون ثم مات ، كان البائع أولى بثمن العبد .

١٤٢١٤ - قلنا [5] : يبطل إذا امتنع المشتري من دفع الثمن مع اليسار ، فالبائع أولى بإمساك المبيع قبل القبض ، وبمثله لا يكون بعد القبض أولى به .

والأصل غير مسلَّم ؛ لأن البائع لا يكون أولى بالمبيع ، وإنما يقدم دينه على الديون التي أقر بها في المرض ، ويساوي [6] ديون الصحة المقدمة على ديون المرض ، والخلاف في ثبوت الفسخ بكون [7] البائع أولى من جميع الغرماء .

١٤٢١٥ - وعلى قولنا : يستوي البائع مع غرماء الصحة [في ثمن هذا العبد ، فلم يسلم

---

(١) في (ص) : [وإن البائع] ، مكان : [فالبائع] .

(٢) في (م) ، (ع) : [ثبت] .

(٣) في (م) (ع) : [الرقبة] ، مكان : [الذمة] .

(٤) في (م) ، (ع) [وإن لم يكف] ، مكان : [وإنما يكلف] .

(٥) في (م) ، (ع) : [قلنا له] ، بزيادة : [له] .

(٦) في (م) ، (ع) : [وساوى] .

(٧) في (م) ، (ع) : [يكون] .

أنه أولى به منهم] [١] ، ويسلم غرماء الصحة في ثمن هذا العبد .

١٤٢١٦ - ولأن مخالفنا لا يمكنه التصريح [٢] بالحكم ، لأن عندنا يباع هذا العبد في دين البائع ، فأما أن وجود ملك البائع فيه ، فلا .

١٤٢١٧ - وقوله : « كان أحق بالمبيع » يريدون حق تمليكه ، وهذا غير مسلم .

١٤٢١٨ - قالوا : عقد يلحق الفسخ بعجز [٣] أحد المتعاقدين عن تسليم العوض المستحق عليه ، ووجد الآخر عوضه قبل التصرف فيه ، فوجب أن يثبت الخيار ، أصله : إذا أسلم [٤] ثوبًا في رطب فانقطع الرطب قبل تسليمه .

١٤٢١٩ - قلنا : الوصف لا تأثير له في الأصل ، لأن الرطب لو انقطع وقد تصرف في رأس المال ، يثبت [٥] الفسخ .

١٤٢٢٠ - ونقلب فنقول : فكان يقول الحاكم : حجرت وعدمه في ثبوت حق الفسخ .

١٤٢٢١ - ولأن الانقطاع يوجب تعذر تسليم المبيع ، والفلس يوجب تعذر قبض الثمن ، وفرق في الأصول بينهما ؛ بدلالة : انقطاع الرطب يثبت [٦] الفسخ من غير حجر والإفلاس لا يثبت الفسخ إلا بعد الحجر .

ولأن الرطب إذا انقطع أوجب تأخير تسليم المبيع ، وذلك يفسد العقد إذا شرط فيه ، فجاز أن يفيد الفسخ ، والفلس يوجب تأخير قبض الثمن ، وذلك معنى لا يفسد شرطه العقدَ [٧] ، فإذا أثبت [٨] حكمًا لم يثبت به الفسخ ، كما قبل الحجر .

١٤٢٢٢ - قالوا : عقد يجوز فسخه بالعيب ، فجاز فسخه بالإفلاس ، كالكتابة .

١٤٢٢٣ - قلنا : الكتابة لا تفسخ بالإفلاس [٩] ؛ لأن القادر على الاكتساب مفلس لا مال به ، ولا [يفسخ الكتابة بفلسه ، ولا يفسخ بالعجز عن الكسب ، وهنا معنى

---

(١) ما بين المعكوفتين : ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش .

(٢) في (م) ، (ع) : [الصريح] .

(٣) في (م) ، (ع) : [عجز] ، بدون الباء .

(٤) في (م) ، (ع) : [إذا لم يسلم] .

(٥) في (م) ، (ع) : [ثبت] .

(٦) في (م) ، (ع) [ثبت] ، وقوله : [حجرت وعدمه في ثبوت حق الفسخ] فيه سقطة ، لأنه غير مفهوم .

(٧) في (م) : [لا يوجد شرطه العقد] ، وفي (ع) : [لا يوجد شرطه في العقد] ، مكان : [لا يفسد شرطه العقد] .

(٨) في (ع) : [ثبت] .

(٩) في (م) ، (ع) : [لا يفسخ الإفلاس] .

زائد على الإفلاس . ولأن الكتابة لا] [1] تنفسخ بالعجز حتى يتراضيا بالفسخ ، أو بحكم الحاكم ، ومثله يفسخ البيع عندنا غير الفلس [2] ، فلا فرق بينهما .

* * *

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش ، ومن قوله : [بفلسه ولا يفسخ] إلى قوله : [ولأن الكتابة] ساقط من (م) (ع) .

(٢) في (ص) : [المفلس] .



أمر المدين بقضاء الديون إذا ثبتت عند الحاكم

١٤٢٢٤ - قال أبو حنيفة : إذا ثبتت الديون عند الحاكم ، أمر المديون بقضائها وحبسه ، ولا يحجر عليه ولا يبيع في الدين ما سوى الأثمان [(١)] .

١٤٢٢٥ - وقال الشافعي : إذا ثبتت الديون ، وهي مثل ماله ، أو ماله أكثر وليس هناك أمارات الفلس ، أمره بقضاء ديونه ، فإن فعل وإلا حبسه ، فإن فعل وإلا باع [(٢)] عليه .

١٤٢٢٦ - وإن كان له مال أقل من ديونه وطلب الغرماء الحجر ، حجر عليه ، وباع ماله لهم .

فإن كان له مال وهو ينفق من المال ، ففي الحجر وجهان .

١٤٢٢٧ - وإذا حجر الحاكم تعلقت حقوق الغرماء بماله ، فمن [(٣)] وجد عين ماله أخذها [(٤)] وينقطع تصرفه في أعيان ماله . وهل تحل الديون التي عليه ؟ على قولين . فإن تصرف في أعيان ماله بالبيع والهبة والعتق ففيه قولان ، أحدهما : تصرفه باطل ، والثاني : موقوف .

فإن تصرف في ذمته ، فاشترى شيئًا أو استقرض جاز ، ونفقته ونفقة زوجته وأقاربه في مدة الحجر في ماله إلا أن يكون له كسب ، فيكون في كسبه ويبيع القاضي جميع أمواله من الدين إلا أقل ما يكفيه وأهله في مؤنة الطعام والشراب وثياب بدنه : منديل ،

---

(١) في (م) ، (ع) : [مما سوى] ، مكان : [ما سوى] . راجع المسألة في : مختصر الطحاوي « كتاب الحجر » ص٩٥ ، ٩٦ ، متن القدوري « كتاب الحجر » ص٤٣ ، الكتاب مع اللباب « كتاب الحجر » (٢٢/٢ ، ٢٣) ، روضة القضاة « فصل : قاعدة التنفيذ جبرًا على المدين الممتنع » (٤٣٥/١) ، مسألة (٥٢٠٨ - ٥٢١٠) ، الهداية مع البناية « باب الحجر بسبب الدين » (١٣٢/١٠ ، ١٣٣) وما بعدها ، الهداية مع العناية وتكملة فتح القدير ، نفس الباب (٢٧١/٩) وما بعدها .

(٢) في جميع النسخ : [فإن فعل وإلا حبسه ، فإن فعل وإلا باع] ، إلا أن في (م) ، (ع) : [يباع] ، مكان : [باع] ، والمعنى أن للقاضي أن يحبس المفلس الممتنع عن بيع أمواله لقضاء حقوق الغرماء ، وإنما يحبسه القاضي ليجبره على هذا البيع ، فإن استجاب فبها ، وإلا باع أمواله عليه ، ويقضي من ثمن البيع ما عليه للغرماء .

(٣) في (م) ، (ع) : [ومن] .

(٤) في (ص) : [أخذه] .

وقميص وسراويل ، أو خميل [1] ، وجبة في الشتاء ، ورداء [2] إن كان ممن يتصف برداء (يكتسي برداء ، فلا يبيعه إلا بإذنه) [3] .

والثاني : أنه [4] لا يحجر عليه في التصرف [5] .

١٤٢٢٨ – والدليل على الفصل الأول : قوله تعالى : ﴿ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَـٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ ﴾ [6] .

وقال ﷺ : « لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب نفس منه » [7] .

وذكر الدارقطني حديث أنس ﷺ : أن النبي ﷺ قال : « لا يشترين أحدكم مال امرئ مسلم إلا بطيب نفسه » [8] .

١٤٢٢٩ – الرضا معتبر بالعقد ، فلا يبيع [9] الحاكم على المدين لغرمائه إلا بإذنه ، كالرداء .

١٤٢٣٠ – و لا يلزم : (إذا عاب) المشتري (ثمنه أو قطعه) والمبيع [10] في يد البائع ، لأنه لا يشتري [11] الرداء (إلا بإذنه) [12] .

ولأنه لا يبيعه لغرمائه ، وإنما يبيعه لبائعه خاصة .

---

(١) في (م) ، (ع) : [جمسك] . (٢) في (ع) : [رداء] بدون الواو .

(٣) ما بين القوسين بدل ما جاء في النسخ جميعها بلفظ [يتصف برداء إلا بإذنه] .

(٤) في (ع) : [أن] بدون الهاء .

(٥) راجع تفصيل المسألة في : مختصر الخلافيات « كتاب الرهن والفليس » ، ورقة (٢١٤ أ ، ب) ، المهذب مع تكملة المجموع الثانية « باب التفليس » (٢٧٧/١٣) وما بعدها ، حلية العلماء « كتاب التفليس » (٤٨٤/٤ ، ٤٨٥) التنبية « باب التفليس » ص٧١ ، رحمة الأمة « كتاب التفليس والحجر » ص١٥٢ ، بداية المجتهد « كتاب التفليس » (٣٠٧/٢ – ٣٠٩) ، قوانين الأحكام الشرعية « الباب الثالث في التفليس » ص٣٢٩ ، ٣٣٠ ، الإفصاح « باب الحجر على المفلس » (٣٧١/١) ، الكافي لابن قدامة (١٦٨/٢ ، ١٦٩) ، المغني (٤٨٤/٤ ، ٤٨٥) ، الإنصاف (٢٨١/٥) . (٦) سورة النساء ، من الآية (٢٩) .

(٧) تقدم تخريجه في مسألة (٦٨٥) ، هامش (٧) .

(٨) أخرجه الدارقطني بلفظ : [لا يشربن أحدكم ماء أخيه إلا بطيبة من نفسه] ، في السنن « كتاب البيوع » (٢٥/٣) الحديث (٨٨) . (٩) في (م) ، (ع) : [لا يبعه] .

(١٠) في (ع) : [والبيع] .

(١١) في (م) ، (ع) : [لأنه يشتري] ، بدون : [لا] .

(١٢) ما بين الأقواس في هذه العبارة أبدال لما ثبت في النسخ على النحو التالي : [إذا غاب] بدل من [إذا عاب] و [ثمنه أو قطعه] بدل من [عينه مقطعة] و [إلا بإذنه] بدل من [وغيره] .

١٤٢٣١ - قالوا : قولكم : - « ما تعين » - لا تأثير له ، لأنه لو كان ماله وديونه عروضًا [1] لم يمنع .

١٤٢٣٢ - قلنا : إذا كان ماله دراهم فقد يباع في دينه إذا كان دنانير ، وقد لا يباع إذا كان عروضًا ، وما يتغير لا يباع بحال ، فقد أيدت العلة .

١٤٢٣٣ - ولأن ما لا يجوز بيعه قبل المنع والحبس ، لا يجوز بيعه بعده [2] ، أصله : ثيابه .

١٤٢٣٤ - قالوا : المعنى في ثياب بدنه : أنه لا يلزمه بيعها في الدين ، وعروضه يلزمه [3] بيعها في الدين ، فإذا امتنع قام القاضي مقامه .

١٤٢٣٥ - قلنا : لا نسلم أن المدين [4] يلزمه بيع ماله ، وإنما يلزمه قضاء الدين ، ويجوز أن يستدين ويستقرض ويقضى الدين [5] ، فالقاضي يقوم مقامه في القضاء الواجب عليه ، والقضاء لا يكون إلا وقد حبس حقه .

١٤٢٣٦ - ولا يلزم : الأثمان ؛ لأنه [6] لا يجوز بيعها قبل الحبس .

١٤٢٣٧ - ولأن القاضي يحبس في الدين ، فلو كان يجوز أن يبيع مال الممتنع لم يجز الحبس ؛ لأنه [7] يؤدي إلى الإضرار بالغرماء والمديون . أما الغرماء : فيؤخر عنهم حقهم مع إمكان دفعه إليهم ، وأما المديون : فلأنه يقدر أن يقضي دينه من غير حبسه ، فلا معنى للإضرار به ؛ ألا ترى : أن ديون الميت لا يحبس القاضي الوصي فيها ؛ لأنه يقدر على القضاء دونه ، فلما ثبت أن له يحبسه دل على أنه لا يجوز البيع .

١٤٢٣٨ - فإن نازعوا في جواز الحبس ، فالدليل عليه : ما روى أبو هريرة ﷺ : « أن رجلًا أعتق شقصًا له في عبد ، وله غنيمة ، فحبسه رسول الله ﷺ حتى باع غنيمته » [8] .

---

(١) في (م) ، (ع) : [لو كان له ودينه] ، مكان : [لو كان ماله وديونه] ، وفي جميع النسخ : [عروض] ، والصواب كما أثبتناه .

(٢) قوله : [بعده] ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش .

(٣) في (م) ، (ع) : [فلزمه] .

(٤) في (م) : [الدين] .

(٥) لفظ : [الدين] ساقط من (م) ، (ع) .

(٦) قوله : [لأنه] ساقط من (م) ، (ع) .

(٧) في (ص) : [لأن] ، بدون الهاء .

(٨) لم نعثر على هذا الحديث من وجه أبي هريرة ﷺ بهذا اللفظ بعد ، وقد أخرجه البيهقي في « كتاب التفليس » ، « باب الحجر على المفلس وبيع ماله في ديونه » ، وأورده ابن حزم في المحلى بالآثار « كتاب المداينات والتفليس » (٤٧٦/٦) ، المسألة (١٢٧٦) ، تلخيص الحبير « كتاب التفليس » (٤٠/٣) ، الهداية في تخريج البداية (٨٧/٨) الحديث (١٥٥٣) .

١٤٢٣٩ - ولأن الحكام يفعلون ذلك في سائر الأعصار (١) من غير نكير ، فالإجماع بالقول .

١٤٢٤٠ - والدليل على أن الحجر لا يجوز : قوله تعالى : ﴿ بَلِ ٱلْإِنسَٰنُ عَلَىٰ نَفْسِهِۦ بَصِيرَةٌ ﴾ (٢) ، يعني شاهدًا ، وهذا يقتضي أنه إذا أقر بأعيان ماله بعد الحجر ، جاز .

ولأنه معنى لا يؤثر في الشهادة ؛ فلا يستحق به الحجر ، كالدين القليل ، وعكسه : الصغر (٣) والجنون .

١٤٢٤١ - ولأن تصرفه يجوز في ذمته ؛ فجاز في أعيان ماله ، كمن لا دين عليه .

١٤٢٤٢ - ولأن من صح نكاحه وطلاقه ، جاز تصرفه في ماله ، كمن عليه دين غير مستغرق .

١٤٢٤٣ - ولأن من جاز إقراره بالحد والقصاص ؛ جاز بأعيان ماله ، كالمريض .

١٤٢٤٤ - احتجوا : بما روي : « أن النبي ﷺ باع على معاذ ماله في دينه » (٤) ، وروي : « أنه حجر عليه في ماله وباعه » (٥) .

١٤٢٤٥ - الجواب (٦) : أن هذا مرسل (٧) ، رواه الفقهاء عن معمر ، عن الزهري ، عن عبد الرحمن بن كعب ، عن أبيه ، وزاد : « فقال : إن النبي ﷺ باع على معاذ ماله » .

١٤٢٤٦ - وذكر هذا الحديث (٨) ، فقال : حدثنا عمر بن أحمد بن عليّ ، عن عبد الله بن أبي جبير (٩) المروزي ، عن أبي إسحاق إبراهيم بن معاوية بن الفرات ، عن هشام ابن يوسف قاضي اليمن عن معمر .

---

(١) قوله : [في سائر الأعصار] ساقط من صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش .

(٢) سورة القيامة ، الآية ١٤ .

(٣) في (ع) : [الصغير] .

(٤) تقدم تخريجه مطولا مسنداً ومرسلًا في مسألة (٧١٢) .

(٥) رواه الدارقطني في السنن « كتاب في الأقضية » ، « في المرأة تقتل إذا ارتدت » (٢٣٠/٤ ، ٢٣١) ، الحديث (٩٥) ، المستدرك « كتاب البيوع » (٥٨/٢) ، والبيهقي في « كتاب التفليس » ، « باب الحجر على المفلس وبيع ماله في ديونه » (٤٨/٦) ، الهداية في تخريج أحاديث البداية (٦٠/٨) ، الحديث (١٥٤٢) .

(٦) في (م) ، (ع) : [والجواب] ، بالعطف .

(٧) في (م) ، (ع) : [غير مرسل] ، بزيادة : [غير] .

(٨) في جميع النسخ : [وذكر هذا الحديث] بحذف الفاعل ، الصواب بإثباته ، وهو : [الدراقطني] ، تكون العبارة هكذا : [وذكر الدارقطني هذا الحديث] .

(٩) في سائر النسخ : [حسين] ، مكان : [جبير] ، والمثبت من سنن الدارقطني .

وهذا إسناد لا يعرف ، لأن مَنْ دون هشام ابن يوسف مجاهيل [١] / لا يثبت بقولهم ١٦٣/ب حجة ، فكيف يظن [٢] أن النبي ﷺ يحجر على معاذ ؟ ومنزلته [٣] من الدين معروفة ، وهو قاضي رسول الله ﷺ ، والحجر إنما يكون حتى [٤] لا يتصرف ويسقط [٥] حقوق الغرماء ، ومتى أعلمه النبي ﷺ أنه يصرف ماله إلى الغرماء ثم يظن بمعاذ أن يتوصل بالتصرف إلى مخالفة فعل رسول الله ﷺ .

يبين [٦] ذلك أنه قال : « حجر على معاذ ماله » ، معناه : صرفه إلى الغرماء فقطع حقه عنه ، ولم يقل : حجر عليه في ماله .

١٤٢٤٧ - وقد روى جابر ﷺ فذكر فيه بيع المال ، ولم يذكر الحجر [٧] ، وإذا لم يثبت الحجر عليه لم يبق إلا بيعه لما له ، فيحتمل أن يكون باعه بإذن معاذ .

١٤٢٤٨ - يبين [٨] ذلك : أن البيع عليه يكون إذا امتنع من القضاء ، ولا يظن بمعاذ أنه يأمره بقضاء دينه فيمتنع ، فعلم أنه أذن للنبي في بيع [٩] ماله . والفائدة في ذلك : أن يبارك [١٠] في ماله فيفي بالدين ، كما روى : أن جابر ﷺ « لما أصيب بأبيه طالبه غرماء أبيه بديونهم ، فسألهم أن يأخذوا ما في حديقته ، ويمهدوه بالباقي إلى أن يدرك الغلة من العام القابل ، فأبوا ذلك ، فسأل رسول الله ﷺ أن يكلمهم فيه [١١] ، فكلمهم فأبوا أن يجيبوه ، فأمره النبي ﷺ أن يجذَّ ما في الحديقة من الثمر ، ثم دخل الحديقة ، فبارك عليه وأمره أن يكيل عليهم حقوقهم ، فكال [١٢] لهم ، وبقي بعد قضاء حقوقهم من الثمر مثلُ ما كان في الأول [١٣] » .

---

(١) تقدم تخريجه بهذا السند آنفًا في هذه المسألة .

(٢) في (م) ، (ع) : [نظن] . (٣) في (ص) : [منزله] .

(٤) في (ع) : [حين] ، مكان : [حتى] . (٥) في (م) ، (ع) : [وسقط] .

(٦) في (م) ، (ع) : [تبين] .

(٧) رواية جابر ﷺ في الطبقات ، القسم الثاني ، في « ترجمة معاذ بن جبل ﷺ » (١٢٣/٣ ، ١٢٤) ، والبيهقي في الكبرى « كتاب التفليس » ، « باب لا يؤاجر الحرفي دين عليه » (٥٠/٦) ، في الهداية (٦١/٨) ، ضمن الحديث (١٥٤٢) . (٨) في (م) ، (ع) : [بين] .

(٩) في (م) ، (ع) : [للنهي] ، مكان : [للنبي] ، ولفظ [بيع] ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش . (١٠) في (م) ، (ع) : [أن يتبرك] .

(١١) قوله : [فيه] ساقط من (ع) . (١٢) في (م) : [فكان] .

(١٣) أخرجه البخاري بمعناه ، في الصحيح في « الاستقراض » ، « باب إذا قضى دون حقه أو حلله فهو جائز » (٥٧/٢) ، وأبو داود في السنن « كتاب الوصايا » ، « باب ما جاء في الرجل يموت وعليه دين » =

فيجوز أن يكون معاذ أذن للنبي ﷺ في بيع ماله طمعًا في البركة [١] ليوفي الدين كما بورك لجابر .

ولأن النبي ﷺ لا يبيع لنفسه وإنما أذن لمن يبيع ويضاف إليه البيع لأمره به ، فيجوز أن يكون أمر معاذًا بذلك ، فباعه بأمر رسول الله ﷺ فأضيف البيع إلى رسول الله ﷺ لأمره به ، وهذا موضع الاتفاق .

١٤٢٤٩ – احتجوا : بما روي أن عمر بن الخطاب ﷺ خطب ، فقال : « ألا إن الأسيفع أسيفع جهينة [٢] رضى من دينه وأمانته بأن يقال : سبق الحاج ، فادَّان معرضًا فأصبح قَدْرِينَ به ، وإنا بائعو ماله وقاسموه بين غرمائه ، فمن كان له دين فليحضر » [٣] .

١٤٢٥٠ – الجواب [٤] : أن الحجر لا يجوز حتى يخاصم الغرماء فيثبت [٥] الفلسُ ويُسْأَلُ الحجر ، ولم ينقل [٦] ذلك ، فيحتمل أن يكون أسيفع مات [٧] ، فولى الإمامُ في قضاء ديونه ، ويحتمل أن يكون رآه يبتاع الرواحل فيها ماله .

١٤٢٥١ – وقوله : – « إنا بائعو ماله » – إنا نأمر بذلك فيما هو من جنس الأثمان ، وعندنا : يبتاع كل واحد من الثمنين في الآخر .

١٤٢٥٢ – قالوا : يلزمه بيع ماله لقضاء دينه [٨] ، فإذا امتنع باعه الحاكم ، كما لو

= (١١٨/٢) ، والنسائي في المجتبى « كتاب الوصايا » ، « باب الوصية بالثلث » (٢٤٤/٦) ، وابن ماجه في السنن « كتاب الصدقات » ، « باب أداء الدين عن الميت » (٨١٣/٢ ، ٨١٤) ، الحديث (٢٤٣٤) ، وأحمد مطولًا في المسند ، في « مسند جابر بن عبد الله ﷺ » (٣٩٨/٣) ، راجع تخريجه أيضًا في : الهداية في تخريج أحاديث البداية (٦٢/٨ ، ٦٣) ، الحديث (١٥٤٤) .

(١) في (م) ، (ع) : [للبركة فيه] ، مكان : [في البركة] .

(٢) في (م) ، (ع) : [الأسقع أسقع] ، مكان [الأسيفع أسيفع] ، وفي سائر النسخ : [حسنة] ، مكان : [جهينة] ، وما أثبتناه من كتب الحديث .

(٣) أثر عمر ﷺ : رواه مالك عن عمر بن عبد الرحمن بن دلاف المزني ، في الموطأ « كتاب الأقضية » ، « باب جامع القضاء وكراهته » (٢٣٦/٢) ، والبيهقي من طريق مالك ، في الكبرى « كتاب التفليس » ، « باب الحجر على المفلس وبيع ماله في ديونه » (٤٩/٦) ، وابن حزم في المحلى بالآثار « كتاب المداينات والتفليس » (٤٧٩/٦) ، المسألة (١٢٧٦) ، راجع تخريجه في : تلخيص الحبير « كتاب التفليس » (٤٠/٣ ، ٤١) ، ضمن الحديث (١٢٣٩) ..

(٤) في (م) ، (ع) : [والجواب] ، بالعطف .

(٥) في (م) : [فثبت] .

(٦) في (م) ، (ع) : [ولم يقل] .

(٧) في (م) : [استفع] ، مكان : [أسيفع] ، وفي جميع النسخ : [مال] ، لعل الصواب : [مات] .

(٨) لفظ : [دينه] ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش .

كان دراهم وعليه دنانير .

١٤٢٥٣ – قلنا : لا نسلم أنه يلزمه بيع [١] ماله ، وإنما يلزمه قضاء دينه ، وهو مخير إن شاء باع ، وإن شاء اقترض ، وإن شاء أجر [٢] نفسه وماله .

١٤٢٥٤ – فإن قيل : إن القاضي يحبسه إذا كان له مال ، ولا يحبسه إذا لم يكن له شيء ، وإنما يحبسه ليبيع المال فيقضي منه .

١٤٢٥٥ – قلنا : غلط ، بل يحبسه لأنه يقدر على قضاء الدين منه أو تأجيله ، لأنه إذا عُلِمَ أن له مالًا [٣] أقرضه الناس ، فيحبسه لهذا المعنى .

١٤٢٥٦ – قالوا : إذا لم يكن له طريق إلى قضاء دينه إلا من بيع المال ؛ وجب باتفاق .

١٤٢٥٧ – قلنا : وإذا قدر على الاستقراض لم يجب البيع باتفاق ، ولا فرق عندكم بين الأمرين . وأما [٤] الدراهم والدنانير فمفارقة [٥] للعرض ، لأن كل واحد منهما بدل عن الآخر .

١٤٢٥٨ – وفي الفقهاء من يقول : إن القاضي [٦] يقضي بأحدهما عن الآخر ، وهو ابن أبي ليلى . وإنما قلنا : إن كل واحد منهما بدل الآخر ، لأن من له دين من أحدهما إذا كسد [٧] قضي له بالآخر ، فلذا كان كل واحد منهما بدلًا عن الآخر .

١٤٢٥٩ – وفي الفقهاء من جوز في القضاء ، أن يكون القاضي مخيرًا : إن شاء قضى الدراهم عن الدنانير ، وإن شاء باعها في الدين ، لأنها بدله ، وهذا المعنى لا يوجد في العروض ، لأنها ليست ببدل الأثمان .

ولا قال أحد من الفقهاء : إنه يقضي عنها ، فلذلك [٨] لم يملك بيعها .

---

(١) في (م) ، (ع) : [أن بيع] ، مكان : [أنه بيع] ، والزيادة : أثبتناها لمقتضى السياق .

(٢) في (م) ، (ع) [آخر] .

(٣) في جميع النسخ : [مال] ، الصواب ما أثبتناه .

(٤) في (م) ، (ع) : [فأما] .

(٥) في (م) ، (ع) : [فمقارنة] .

(٦) قوله : [إن القاضي] ساقط من (ع) .

(٧) في (م) ، (ع) : [كسب] . وفي المعجم الوسيط : [كسد الشيء كسادًا : لم يرج لقلة الرغبة فيه] ، ويقال : سلعة كاسدة . راجع في مادة : [كسد] (٧٩٢/٢) .

(٨) في (م) ، (ع) : [فكذلك] .

١٤٢٦٠ - قالوا : من بيع عليه دراهم بيعت [١] عليه عروضه ، كالميت .

١٤٢٦١ - قلنا : الميت سقطت [٢] ولايته بموته ، فوُلِّيَ عليه في بيع ماله ، والحي ولايته باقية وتصرفه جائز [٣] ، فلم تثبت الولاية .

١٤٢٦٢ - يبين [٤] الفرق بينهما : أن غرماء الحي إذا لم يطلبوه [٥] بالحجر لم يبع القاضي ماله [٦] ، والميت يبيع ماله [٧] من غير مطالبة ، ولو رضى غرماء الميت بتأخير ديونهم ملك القاضي البيع ، فبان الفرق بينهما .

* * *

(١) في (م) ، (ع) [منعت] ، مكان : [بيعت] .

(٢) لفظ : [سقطت] ساقطة من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش .

(٣) في (م) ، (ع) : [دار] مكان [جائز] .

(٤) في (م) ، (ع) : [ثبت] ، مكان : [يبين] ، وكذا في صلب (ص) ، وما أثبتناه من هامش (ص) من نسخة أخرى .

(٥) في (م) ، (ع) : [إذا يطلبوه] ، بحذف : [لم] .

(٦) في (م) ، (ع) : [من ماله] ، بزيادة : [من] .

(٧) قوله : [والميت يبيع ماله] ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش .


مسألة ٧١٤

إقامة المدين البينة على إعساره أو تلف ماله

١٤٢٦٣ – قال أصحابنا [(١)] : إذا أقام المديون البينة بالإعسار أو بتلف ماله قبل مضي مدة الحبس ؛ لم يسمع منه في إحدى [(٢)] الروايتين ، وتقبل منه البينة في الأخرى [(٣)] .

١٤٢٦٤ – وهو قول الشافعي [(٤)] .

١٤٢٦٥ – لنا : قوله ﷺ « لصاحب الحق اليد واللسان » [(٥)] ، ولم يفصل .

١٤٢٦٦ – وروى الهرماس بن حبيب بن زيادة ، عن أبيه ، عن جده ، قال : « أتيت النبي ﷺ بغريم لي ، فقال ، ثم مر بي رسول الله ﷺ فقال : يا أخا بني تميم ما الذي

(١) قوله : [قال أصحابنا] ساقط من (م) ، (ع) .
(٢) في (ص) : [أحد] .
(٣) قال العيني : « والبينة على الإعسار بعد الحبس تقبل بالاتفاق ، فيطالبه القاضي بعد ذلك ، وأما إذا أقام قبل الحبس ففيه روايتان ، في أحدهما : تقبل ، وبه كان يفتي الشيخ الإمام أبو بكر محمد بن فضل ، وفي الأخرى : لا تقبل ما لم يحبس ، وعليه عامة المشائخ ، وإليه ذهب شمس الأئمة السرخسي في [شرح أدب القاضي] وهو الأصح » . راجع المسألة في : متن القدوري ، نفس المصدرص٤٣ ، الكتاب مع اللباب ، نفس المصدر (٢٤/٢ ، ٢٥) ، روضة القضاة ، « فصل : البينة على الإعسار » (٤٣٦/١) ، مسألة (٢٥١١ ، ٢٥١٢) ، الهداية مع البناية (١٤٠/١٠) ، الهداية « كتاب أدب القاضي » ، « فصل في الحبس » (٨٤/٣) .
(٤) راجع المسألة في : مختصر المزني « باب حبس من عليه الدين » ص١٠٤ ، التنبيه ، نفس المصدر ص٧١ ، المهذب مع تكملة المجموع الثانية (٢٧٥/٣) ، حلية العلماء ، نفس المصدر (٤٨٥/٤ ، ٤٨٦) ، رحمة الأمة ، نفس المصدرص١٥٤ . قال مالك ، وأحمد مثل قول الشافعي ورواية الحنفية الثانية : تقبل منه البينة بالإعسار قبل الحبس ، ولا خلاف بعد الحبس . راجع المسألة في : الإفصاح (٣٧٤/١) ، الكافي لابن قدامة « فصل : فإن ادعى الإعسار إلخ » (١٦٩/٢) ، المغني « مسألة : ومن وجب عليه حق إلخ » (٤٩٩/٤ ، ٥٠٠) .
(٥) هذا الحديث روي موصولًا ومرسلًا ، أما الموصول : فقد أخرجه ابن عدي (٢٧٨/٦) ، الترجمة (١٧٦٢/١٤١) . وأما المرسل : فقد أخرجه الدارقطني في السنن « كتاب في الأقضية » ، « باب في المرأة تقتل إذا ارتدت » (٢٣٢/٤) ، الحديث (٩٧) ، وأخرجه البخاري من طريق أبي سلمة « باب لصاحب الحق مقال » (٥٨/٢) ، ومسلم نحوه في الصحيح « كتاب المساقاة » ، « باب من استسلف شيئًا فقضى خيرًا منه » (١٢٢٥/٣) ، الحديث (١٦٠١/١٢٠) ، راجع تخريجه أيضًا في نصب الراية « كتاب الحجر » ، « باب الحجر بسبب الدين » (١٦٦/٤) .

ترى أن تصنع بأسيرك ، »[1] ولو كانت البينة بالإعسار تسمع أولًا لسأله عن البينة[2] .

١٤٢٦٧ – ولأن الإعسار لا يتوصل الشهود إلى حقيقته ، وإنما يختبر[3] الحال بالحبس ، فما لم يوجد لم يثبت الإعسار ، فلا يسقط الحبس .

١٤٢٦٨ – ولأنه إذا أقام[4] بينةَ الإعسار قبل اختبار حاله بالحبس ، لم تقبل[5] . أصله : إذا نكل عن اليمين وأراد أن يقيم البينة قبل يمين المدعى .

ولأنها شهادة بالفقر ؛ فلا يثبت لها حكم بانفرادها . أصله : إذا شهدوا أن لا مأرب[6] لفلان .

١٤٢٦٩ – ولا يلزم : بعد الحبس ؛ لأن الحكم لا يثبت بانفرادها ، لكن بانضمام الاختبار[7] إليها ، وغير ممتنع أن ينضم إلى الشهادة بالنفي معنى[8] آخر ، فيحكم بها[9] ، كما لو قالوا : هذا وارث فلان ، لا نعلم له وارثًا غيره

١٤٢٧٠ – احتجوا : بأن كل حق يثبت[10] بالبينة وجب أن يكون سماعه قبل الحبس وبعده . أصله : إذا ادعى القضاء .

١٤٢٧١ – قلنا : لا نسلم أن الأعيان تثبت بالبينة حتى ينضم إليها[11] الاختبار . والمعنى في الشهادة بالقضاء : أنها شهادة بإثبات ، فقبلت في جميع الأحوال ، وفي

---

(١) هذا الحديث : أخرجه أبو داود في السنن « كتاب الأقضية » ، « باب في الحبس في الدين وغيره » (٣٠٧/٢) ، وابن ماجه في السنن « كتاب الصدقات » ، « باب الحبس في الدين والملازمة » (٨١١/٢) ، الحديث (٢٤٢٨) ، المنتقى لمجد الدين ابن تيمية « كتاب الأقضية » ، « باب ملازمة الغريم إذا ثبت عليه الحق » ص٨١٢ ، ٨١٣ ، الحديث (٤٩٧٩ ، ١٩٨٠) .

(٢) في (م) ، (ع) : [و لو كانت البينة تسمع بالإعسار ابتدأ رسالته] ، مكان المثبت .

(٣) في (م) ، (ع) : [يخبر] .

(٤) في (ص) : [قم] .

(٥) في (م) ، (ع) : [فلم يقبل] .

(٦) في (ع) : [أنه لا بارث لفلان] ، والمأرب : الحاجة ، أو الحاجة الشديدة ، والجمع : مآرب . راجع المغرب ص٢٣ ، المعجم الوسيط (١٢/١) .

(٧) في (م) ، (ع) : [الاختيار] ، بالياء ، وهو تصحيف .

(٨) في (م) ، (ع) : [يعني] .

(٩) قاعدة : « إذا إنضم إلى الشهادة بالنفي معنى آخر فيحكم بها ، كما لو قالوا هذا وارث فلان ولا نعلم له وارثًا غيره » .

(١٠) في (م) ، (ع) : [ثبت] .

(١١) في (م) ، (ع) : [إليه] .

مسألتنا : شهادة نفي فتقبل [1] تبعًا لغيرها ، ولا تقبل بنفسها كما بينا [2]

١٤٢٧٢ - فإن قيل : إذا [3] شهدوا بتلف ماله ؛ فهذه شهادة بإثبات

١٤٢٧٣ - قلنا : قضاء الدين لا يختص بمال واحد ، وهم يشهدون بتلف ما عرفوه من المال ، ويجوز أن يكون هناك غيره .

* * *

(١) في (م) ، (ع) : [شهادة قبلت] ، مكان : [شهادة نفي فتقبل] .

(٢) قاعدة : « شهادة النفي تقبل تبعًا لغيرها ، ولا تقبل بنفسها » .

(٣) في (ع) : [فإذا] .


مسألة ٧١٥

إقامة المدين البينة على الفلس بعد حبسه

١٤٢٧٤ - قال أصحابنا : إذا حُبس المديون ، ثم أقام بينة على الفلس ، لم يستحلف بأنه لا مال له (١) .

١٤٢٧٥ - وقال الشافعي في أحد قوليه : أستحلفه استظهارًا ، وفي القول الآخر : على الوجوب (٢) .

١٤٢٧٦ - لنا : قوله ﷺ : « شاهداك أو يمينه ليس لك إلا ذلك » (٣) ، وقال : « البينة على المدَّعِي ، واليمين على المدَّعَى عليه » (٤) .

---

(١) في (م) ، (ع) : [لأنه] ، مكان : [بأنه] . راجع المسألة في : روضة القضاة « فصل لا يمين مع البينة على الإعسار » (٤٣٦/١) ، مسألة (٢٥١٣) .

(٢) راجع المسألة في : مختصر المزني « باب جواز حبس من عليه الدين » ص١٠٤ ، ١٠٥ ، المهذب مع تكملة المجموع الثانية « باب التفليس » (٢٧٥/١٣) ، حلية العلماء « كتاب التفليس » (٤٨٥/٤) ، رحمة الأمة ، نفس المصدرص١٥٤ . قال مالك مثل قول الشافعية : يستحلف إذا طلب الغرماء ذلك . راجع المسألة في : المنتقى ، في « ما جاء في إفلاس الغريم » (٨٢/٥) ، شرح الزرقاني [باب الفلس] (٢٧٨/٥) ، الإفصاح (٥٠٠/٤ ، ٥٠١) ، الإنصاف « كتاب الحجر » (٢٧٨/٥) .

(٣) في (ص) : [له] ، مكان : [لك] . أخرجه مسلم بطوله في الصحيح [كتاب الإيمان] ، باب « وعيد من اقتطع حق مسلم بيمين فأجره بالنار » (١٢٣/١) ، الحديث (٢٢١ - ١٣٨) ، وأحمد في المسند ، في « حديث الأشعث بن قيس الكندي ﷺ » (٢١١/٥) ، والبيهقي في الكبرى « كتاب الدعوى » ، « باب الرجل يجيء بشاهدين على رجل بحق » (٢٦١/١٠) ، وأبو داود في السنن « كتاب الأقضية » ، « باب الرجل يحلف على علمه فيما غاب عنه » (٣٠٦/٢) ، كما أخرجه بهذا المعنى البخاري في الصحيح « كتاب الشهادات » ، « باب سؤال الحاكم المدعى له لك بينة قبل اليمين » (١٠٧/٢) ، والترمذي في السنن « كتاب تفسير القرآن » ، « باب ومن سورة آل عمران » (٢٢٤/٥) ، الحديث (٢٩٩٦) ، وابن ماجه في السنن « كتاب الأحكام » ، « باب البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه » (٧٧٨/٧) ، الحديث (٢٣٢٢) ، وراجع تخريجه أيضًا في : الهداية في تخريج أحاديث البداية (٦٦١/٨) ، الحديث (١٧٩١) ، إرواء الغليل (٧٦١/٨) ، الحديث (٢٦٣٨) .

(٤) في السنن « كتاب الأحكام » ، « باب ما جاء في أن البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه » (٦١٧/٣) ، الحديث (١٣٤١) ، والدارقطني « كتاب في الأقضية » (٢١٨/٤) ، الحديث (٥٣ ، ٥٤) ، والبيهقي من حديث ابن عباس « كتاب الدعوى » ، « باب البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه » (٢٥٢/١٠) ، كما أخرجه البخاري من حديث ابن عباس مختصرًا في الصحيح « كتاب التفسير » في « سورة آل عمران » (١١١/٣) ، ومسلم =

١٤٢٧٧ - ولأنه حق أقام البينة عليه ، فلا يُسْتَحْلَفُ فيه ، أصله : إذا أقام البينة على ملك عين .

١٤٢٧٨ - ولأن الطالب يدعي البيان ، فالدعوى لا يجمع في [١] إسقاطها بين البينة واليمين ، أصله : إذا ادَّعَى [٢] أنه أبرأه من الدين .

١٤٢٧٩ - احتجوا : بأنه دعوى ما يجوز خفاؤه على الشاهدين ، فوجب عرض اليمين إذا طالب المدعي ، فيما إذا شهد عليه شاهدان بدين فادعى المشهود عليه القضاء أو الإبراء .

١٤٢٨٠ - الجواب [٣] : أن هناك ادعى معنى لم ينفه الشهود ، فلا [بد من نفيه باليمين إذا ادعى ، وفي مسألتنا : تنفي معنى قد نفاه الشهود ، فلا] [٤] يجمع بين النفي والبينة والنفي باليمين ، كما لو شهدوا على إثبات معنى لم يجز أن يستحلف على إثباته مع الشهادة .

١٤٢٨١ - فإن قيل : الشهود ينفون المال في الظاهر ، وقد يكون للإنسان مال يخفي ويكتمه .

١٤٢٨٢ - قلنا : لا يجوز حمل أمر [٥] ، الشهود على أنهم [٦] رجعوا إلى ظاهر النفي ، لأن هذا قد علمه القاضي ، وإنما يحمل أمرهم على [٧] أنهم خبروا حاله بالمخالطة والمعاملة ، فنفوا الباطن والظاهر .

* * *

= في الصحيح « كتاب الأقضية » ، راجع تخريجه أيضًا في : تلخيص الحبير « كتاب الدعاوى » (٢٠٨/٤) ، الحديث (٢١٣٥) ، الهداية في تخريج أحاديث البداية (٦٤٨/٨ - ٦٥٣) ، الحديث (١٧٨٢)

(١) في (م) ، (ع) : [من] ، مكان : [في] .

(٢) في (م) ، (ع) : [إذا أداها] .

(٣) في (م) ، (ع) : [الإبرار القضاء والجواب] ، مكان المثبت .

(٤) ما بين المعكوفتين : ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش .

(٥) في (م) ، (ع) : [إبراء] ، مكان : [أمر] .

(٦) قوله : [على أنهم] ساقط من (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش .

(٧) لفظ : [على] ساقط من صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش .



إخراج المدين من الحبس بعد ثبوت إعساره

١٤٢٨٣ – قال أبو حنيفة : إذا ثبت إعساره أخرجه من الحبس ، ولم يحل بينه وبين الغرماء (١) .

١٤٢٨٤ – وقال الشافعي : يحول بينه وبين الغرماء ، ولا يطالبوه إلي حين البيان (٢) .

لنا : قوله ﷺ : « لصاحب الحق اليد واللسان » (٣) ، فله الملازمة بالاتفاق (٤) .

١٤٢٨٥ – وروي : « أنه ﷺ : اشترى بعيرًا من أعرابي بأوسق من تمر فجاء الأعرابي وطلب الثمن ، فقال رسول الله ﷺ : دعوه ، فإن لصاحب الحق اليد واللسان » (٥) .

---

(١) قال القدوري في « المتن » ، و « الكتاب » : « وإذا حبسه القاضي شهرين أو ثلاثة ، سأل القاضي عن حاله فإن لم ينكشف له مال خلَّى سبيله ، وكذلك إذا أقام البينة أنه لا مال له ، ولا يحول بينه وبين غرمائه بعد خروجه من الحبس ، ويلازمونه ، ولا يمنعونه من التصرف ، والسفر ، ويأخذون فضل كسبه فيقسم بينهم بالحصص » ، وقال أبو يوسف ومحمد : إذا صح أنه معسر ، فلا سبيل إلى لزومه ، وقال إسماعيل بن حماد ليس للمدعي أن يلازمه ، ولكن يأخذ كفيلًا « هكذا ذكره العين نقلًا » عن الناصحي في أدب القاضي ، وهو عن ابن كاس في أدب القاضي ، وعن شمس الأئمة في شرح أدب القاضي للخصاف . راجع المسألة في : مختصر الطحاوي « كتاب المداينات » ص٩٦ ، متن القدوري « كتاب الحجر » ص٤٣ ، ٤٤ ، الكتاب مع اللباب « كتاب الحجر » (٢٤/٢ ، ٢٥) ، بدائع الصنائع « كتاب الحجر والحبس » ، « فصل في بيان حكم الحجر إلخ » (١٧٣/٧) ، الهداية مع البناية (١٤٢/١٠ ، ١٤٣) ، الهداية مع تكملة فتح القدير والعناية (٢٧٧/٩) .

(٢) راجع المسألة في : مختصر المزني ص١٠٥ ، المهذب مع تكملة المجموع الثانية (٢٧١/١٣) ، حلية العلماء (٤٨٣/٤) ، رحمة الأمة « كتاب التفليس والحجر » ص١٥٣ . وقال مالك ، وأحمد مثل قول الشافعي : إذا ثبت إعساره عند الحاكم فيخرجه من الحبس ويحول بينه وبين غرمائه ، ولا يجوز بعد ذلك حبسه ولا ملازمته . راجع المسألة في : بداية المجتهد « كتاب التفليس » (٣١٧/٢) ، شرح الزرقاني « باب التفليس » (٢٧٩/٥) ، الإفصاح « باب الحجر على المفلس » (٣٧٣/١ ، ٣٧٤) ، المغني « كتاب المفلس » ، « فصل : ومتى ثبت إعساره عند الحاكم » (٤٩٧/٤ ، ٤٩٨) ، الكافي لابن قدامة « كتاب التفليس » (١٦٧/٢) ، الإنصاف ، نفس المصدر (٢٧٩/٥ ، ٢٨٠) .

(٣) تقدم تخريجه بهذا اللفظ في مسألة (٧١٤) .

(٤) أي المراد بالحديث : الملازمة بالاتفاق ، وفي (م) ، (ع) : [باتفاق] ، مكان : [بالاتفاق] .

(٥) أخرجه أحمد من حديث عائشة (رضي الله عنها) بمعناه ، في « مسند السيدة عائشة » (رضي الله عنها)] (٢٦٨/٦ ، ٢٦٩) ، والبيهقي في الكبرى « كتاب البيوع » ، « باب جواز السلم الحال » (٢٠/٦) ، قال الهيثمي بعد أن =

١٤٢٨٦ – ومعلوم أن إعسار النبي ﷺ : ثبت بإخباره وهو [١] أبلغ من ثبوته بالبينة ، ومع ذلك أخبر أن لغريمه اليد ، فدلَّ على أن الإعسار لا يسقط الملازمة .

١٤٢٨٧ – ولأن دينه في ذمته ، فكان له ملازمته بعد الحبس . أصله : إذا اكتسب مالًا .

١٤٢٨٨ – ولأنه دين يجوز الملازمة به قبل حكم الحاكم بالفلس ، فجاز بعده . أصله : إذا ظهر له مال [٢] .

١٤٢٨٩ – ولأنه يتوصل بالملازمة إلى استيفاء / حقه ، لأنه يقف على أكسابه فيأخذ منها ، فصار كمن له مال . ١٦٤/أ

١٤٢٩٠ – فإن قيل : المعنى فيما ذكرتم أنه يملك المطالبة ، فيملك الملازمة وفي مسألتنا : لا يملك المطالبة .

١٤٢٩١ – قلنا : لا نسلم ، لأن له [٣] المطالبة عندنا . وهل تثبت [٤] الملازمة إلا للمطالبة ؟ .

١٤٢٩٢ – فإن قيل [٥] : المعنى فيه : أنه يثبت [٦] الحبس ؛ فجاز أن تثبت الملازمة ، وفي مسألتنا بخلافه .

١٤٢٩٣ – قلنا : إذا ثبت الحق فإن القاضي يأمر بالملازمة ولا يحبسه في الحال حتى يعلم امتناعه . ولأن الحبس إذا كان له مال يتوصل به إلى إخراجه ، فكان في الحبس فائدة ، وكذلك في الملازمة .

١٤٢٩٤ – وإذا لم يكن له مال توصل بالملازمة إلى الأخذ من كسبه ، وفي الحبس لا يقدر على الاكتساب ولا يستفيد بالحبس فائدة .

= ذكره : « رواه أحمد والبزار ، وإسناد أحمد في صحيح » ، في مجمع الزوائد ، « كتاب البيوع » ، « باب حسن القضاء وقرض الخميرة وغيره » (١٣٩/٤ ، ١٤٠) . راجع تخريجه أيضًا في : الهداية في تخريج أحاديث البداية (٣٩٥/٧ – ٣٩٧) ، الحديث (١٤٥٧) .

(١) قوله : [وهو] ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش .

(٢) في (م) ، (ع) : [ماله] .

(٣) لفظ : [له] ساقط من (ع) .

(٤) في (م) ، (ع) : [عندها] ، مكان : [عندنا] ، وفي (م) : [ثبت] ، وفي (ع) : [ثبتت] ، مكان : [تثبت] .

(٥) في (م) ، (ع) : [قاولوا] ، مكان : [فإن قيل] .

(٦) في (م) ، (ع) : [ثبت] .

١٤٢٩٥ - احتجوا : بقوله تعالى : ﴿ وَإِن كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ ﴾ [(١)] .

١٤٢٩٦ - الجواب [(٢)] : أن الأمر بالإنظار يدلُّ على أنه لم يصر مُنْظَرًا [(٣)] بنفس الفلس إذ الأمر لا يصح بما وُجِدَ ، وكل من قال : لا يصير مُنْظَرًا بالفلس ، قال : إن الأمر على وجه الاستحباب ، وكذلك نقول : فإنه يستحب أن يتركه ولا يلزمه .

١٤٢٩٧ - قالوا : روى أبو سعيد الخدري ﷺ : « أن رجلًا أصيب في ثمار ابتاعها فكثر دينه ، فقال : عليه [الصلاة و] السلام : تصدقوا عليه ، فلم يبلغ وفاء دينه ، فقال : خذوا ما وجدتم ، وليس لكم إلا ذلك » [(٤)] .

١٤٢٩٨ - الجواب : أن [(٥)] معناه : ليس لكم أخذ غيره ، ولم يرد نفي غير الأصل ، بدليل : أن الدين ثابت في ذمته باتفاق ، وذلك لهم ، فعلم [(٦)] أنه نفي الأخذ لنفي ما كان في ابتداء الإسلام من بيع المديون في دينه [(٧)] [(٨)] .

١٤٢٩٩ - قالوا : من لا مطالبة له بدينه ، فلا تلزمه المطالبة ، ثم المعنى في الدين المؤجل لأنه لا يلازم به إذا كان له مال ، فلا يلازم إذا كان له كسب .

١٤٣٠٠ - [وفي مسألتنا : يلازم بهذا الدين إذا كان له مال ، فجاز أن يلازم إذا كان له كسب] [(٩)] .

---

(١) سورة البقرة ، من الآية ٢٨٠ .

(٢) في (م) ، (ع) : [والجواب] ، بالعطف .

(٣) لفظ : [يصر] ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش ، وفي (م) ، (ع) : [ينظر] ، مكان : [منظرًا] .

(٤) حديث أبي سعيد الخدري (ﷺ) : أخرجه أحمد بهذا اللفظ مع زيادة يسيرة في المسند ، في [مسند أبي سعيد الخدري (ﷺ)] (٣٦/٣) ، ومسلم في الصحيح [كتاب المساقاة] ، [باب استحباب الوضع من الدين] (١١٩١/٣) ، الحديث (١٥٥٦/١٨) ، وأبو داود في السنن [كتاب البيوع] ، [باب في وضع الجائحة] (٢٧١/٢) ، والترمذي في السنن [كتاب الزكاة] ، [باب ما جاء من تحل له الصدقة] (٣٥/٣) ، الحديث (٦٥٥) ، والنسائي في المجتبى [كتاب البيوع] ، في [وضع الجوائح] (٢٦٥/٧) ، وابن ماجه في السنن [كتاب الأحكام] ، [باب تفليس المعدم] (٧٨٩/٢) ، الحديث (٢٢٥٦) ، والبيهقي في الكبرى [كتاب التفليس] ، [باب لا يؤاجر الحر في دين عليه] (٥٠/٦) .

(٥) في (م) ، (ع) : [والجواب لأن] ، مكان : [الجواب : أن] .

(٦) في (ص) : [فلم] ، مكان : [فعلم] . (٧) في (م) ، (ع) : [في ذمته] .

(٨) فائدة : « نفى أخذ غير المال في الإفلاس لنفي ما كان في ابتداء الإسلام من بيع المديون في دينه » .

(٩) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) .

١٤٣٠١ - قالوا : هذا [1] الدين في معنى المؤجل ؛ لأنه مؤخر إلى الميسرة .

١٤٣٠٢ - قلنا : الدين حالّ ليس بمؤجل ، بدلالة : أنه لا يتأخر على الكفيل ، وإنما لا يستحق العقوبة بالحبس ، ولا يلحقه مأثم التأخير ، فأما غير ذلك فإن المطالبة باقية ، والملازمة ثابتة ، وإذا وجد شيئًا استوفاه من الحالّ ، فكيف نسلم التأجيل ؟ .

١٤٣٠٣ - قالوا : إذا جوزتم ملازمته لم يكن لإخراجه من الجنس فائدة .

١٤٣٠٤ - قلنا : ليس كذلك ؛ لأنه يتصرف في أعماله ، ويسافر ويذهب حيث شاء . والله أعلم بالصواب [2] .

* * *

(١) لفظ : [هذا] ساقط من (م) ، (ع) .

(٢) في (م) ، (ع) : [والله تعالى أعلم] ، مكان المثبت .



مَوْسُوعَة

القَوَاعِدِ الفِقْهِيَّةِ المُقَارَنَةِ

المُسَمَّاة

التَّجْرِيد

كتاب الحجر


مسألة ٧١٧

البلوغ بالسن

١٤٣٠٥ - قال أبو حنيفة : مدة البلوغ بالسن في الغلام ثماني عشرة سنة ، وفي الجارية سبع [1] عشرة سنة .

١٤٣٠٦ - وقال أبو يوسف ، ومحمد : في الغلام والجارية خمس عشرة سنة [2] .

١٤٣٠٧ - وبه قال الشافعي [3] .

١٤٣٠٨ - لنا : قوله تعالى : ﴿ يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوا۟ لِيَسْتَـْٔذِنكُمُ ٱلَّذِينَ مَلَكَتْ أَيْمَـٰنُكُمْ وَٱلَّذِينَ لَمْ يَبْلُغُوا۟ ٱلْحُلُمَ مِنكُمْ ثَلَـٰثَ مَرَّٰتٍ ﴾ [4] ، ثم قال تعالى : ﴿ لَيْسَ عَلَيْكُمْ وَلَا عَلَيْهِمْ جُنَاحٌۢ بَعْدَهُنَّ طَوَّٰفُونَ عَلَيْكُم ﴾ [5] .

١٤٣٠٩ - فأمر الإماء بالاستئذان في كل [6] حال ، ومن لم يحتلم بالاستئذان في وقت مخصوص ، دلَّ على أن الاحتلام هو حد البلوغ ، ووجب تعلق الحكم به إلا في

---

(١) في (ع) : [والجارية خمس] ، مكان المثبت .

(٢) في (م) ، (ع) : [خمس عشر سنة] . راجع تفصيل المسألة في : أحكام القرآن للجصاص (٣٣١/٣ ، ٣٣٢) ، شرح معاني الآثار « كتاب السير » ، « باب بلوغ الصبي بدون الاحتلام » (٢١٨/٣) ، روضة القضاة « كتاب الحجر » في « مدة البلوغ » (٤٤١/١) ، المسألة (٢٥٥٢) ، فتح القدير مع الهداية ، وبذيله العناية « كتاب الحجر » ، « فصل في حد البلوغ » (٢٧٠/٩) ، البناية مع الهداية « كتاب الحجر » ، « فصل في حد البلوغ » (١٢٥/١٠ - ١٣١) .

(٣) راجع المسألة في : الأم « كتاب البيوع » ، في « بلوغ الرشد وهو الحجر » (٢١٥/٣) ، مختصر الخلافيات « كتاب التفليس والرهن والحجر » ، ورقة (٢١٥ أ ، ب) ، المهذب مع تكملة المجموع الثانية « باب الحجر » (٣٥٩/١٣) وما بعدها ، حلية العلماء « باب الحجر » (٥٣٢/٤ ، ٥٣٣) . وقال مالك : ليس للبلوغ من جهة السن حد ، وقال أصحابه : خمس عشرة سنة ، أو ثمان عشرة سنة راجع تفصيل المسألة في : أحكام القرآن لابن العربي (٣٢٠/١) ، الجامع لأحكام القرآن للقرطبي (٣٥/٥) ، شرح الزرقاني « باب المجنون » (٢٩١/٥) . وقال أحمد في أظهر روايتيه مثل قول الصاحبين والشافعي : سن البلوغ في الغلام والجارية خمس عشرة سنة . وعن أحمد في الجارية خاصة رواية أخرى : أنه لا يحكم ببلوغها إلا بالحيض . راجع تفصيل المسألة في : الإفصاح « باب الحجر » (٣٧٥/١) ، الكافي لابن قدامة « باب الحجر » (١٩٣/٢) المغني « كتاب الحجر » (٥٠٩/٤ ، ٥١٠) .

(٤ ، ٥) سورة النور : الآية ٥٨ .

(٦) في (م) ، (ع) : [حكيم] ، مكان : [حال] .

موضع ما دلَّ الدليل .

١٤٣١٠ - وليس لهم أن يقولوا : هذا استدلال بدليل الخطاب ؛ لأن الدليل من حيث الدين من المحتلم وغير المحتلم في كيفية الإذن ، وهذا الاستدلال بالنطق لا بالدليل .

ويدل عليه : قوله تعالى : ﴿ وَٱبْتَلُوا۟ ٱلْيَتَـٰمَىٰ حَتَّىٰٓ إِذَا بَلَغُوا۟ ٱلنِّكَاحَ فَإِنْ ءَانَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْدًا فَٱدْفَعُوٓا۟ إِلَيْهِمْ أَمْوَٰلَهُمْ ﴾ (١) ، قال مجاهد : « إذا بلغ الحلم » (٢) .

ويدل عليه : قوله ﷺ « رُفِعَ القلم عن ثلاث : عن المجنون حتى يفيق ، وعن الصبي حتى يحتلم ، وعن النائم حتى يستيقظ » (٣) ، وهذا خبر مشهور رجعت إليه الأمة ، وعملت به ، واشتهرت روايته ، وهو يقتضي إسقاط التكليف قبل الاحتلام ، سواء بلغ خمس عشرة (٤) أو تجاوزها .

١٤٣١١ - فإن قيل : الخبر يقتضي رفع القلم عن الصبي ، ومن له خمس عشرة (٥) فهو رجل وليس بصبي .

١٤٣١٢ - قلنا : الخبر يقتضي أنه صبي حتى يحتلم وإن تجاوز الخمس عشرة ، وما دل الخبر عليه لا يدفع بمذهبكم .

ولأنها مدة لانتقال الصبي من حال إلى حال [لها] (٦) معتاد ونادر ، فإذا جاز أن يزاد على نادرها جاز أن يزاد على معتادها ، كمدة الحمل (٧) .

١٤٣١٣ - ولأنها مدة (٨) لا يستفيد بها غير الرشيد التصرف (٩) في ماله ، فلم تكن (١٠) مدة البلوغ كما دون الخمس عشرة .

---

(١) سورة النساء : الآية ٦ .

(٢) أورده الجصاص في أحكام القرآن (٦٣/٢) .

(٣) أخرجه أحمد ، من حديث عائشة (﵂) ، عن النبي ﷺ بنحو هذا اللفظ ، في المسند ، في [مسند السيدة عائشة (﵂)] (١٠٠/٦ ، ١٠١) ، والدارمي في السنن [كتاب الحدود] ، [باب رفع القلم عن ثلاثة] (١٧١/٢) . كما تقدم تخريجه في مسألة (٣١٣) ، هامش (٦) ، وبألفاظ متقاربة في مسألة (٣٨٩) ، هامش (٢٧) .

(٤ ، ٥) في (ص) : [خمسة عشر] .

(٦) الزيادة من (م) ، (ع) .

(٧) قوله : [كمدة الحمل [ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش .

(٨) في (م) ، (ع) : [ولا مدة] .

(٩) في (ع) : [يستفيد بها [بدون [لا] ، وفي (م) ، (ع) : [بالتصرف] ، بزيادة الباء .

(١٠) في (م) ، (ع) : [فلم يكن] .

ولأنها مدة لا تكون [1] سببًا لوجوب الزكاة في ماله ، كأربع عشرة .

١٤٣١٤ - ولأن الصلاة عبادة ، فلا تكون الخمس عشرة سببًا في وجودها [2] ، كالزكاة .

١٤٣١٥ - ولأن الخمس عشرة عدد قدر به حكم غير البلوغ ، [وهو الطهر على المذهبين ، والحيض عندهم ، وكل عدد قدر به حكم غير البلوغ] [3] لم يتقدر به البلوغ ، كالأربعين من النفاس ، ومدة الحول في الزكاة والتلبية في مدة الخيار .

١٤٣١٦ - ولأن التسوية بين بلوغ الذكر والأنثى خلاف العادة ، لأن المعتاد أن بلوغ الجارية يتقدم ، والعادة أمر مقطوع به ، فإذا خالفه ما طريقه الظن لم يلتفت إليه .

ولأنه إذا شرب الخمر فقد اختلف في تحريم هذا الشرب عليه ، فلم يجب به حد ، كنبيذ التمر ، وإذا [4] جامع فقد اختلف في كون فعله زنا مع العلم به ، فلم يجب به حد ، كالوطء بالمتعة ، وهذا كلام في إبطال مذهبهم .

١٤٣١٧ - وأما الكلام في تصحيح مذهبنا فقوله تعالى [5] : ﴿ وَلَا تَقْرَبُوا۟ مَالَ ٱلْيَتِيمِ إِلَّا بِٱلَّتِى هِىَ أَحْسَنُ حَتَّىٰ يَبْلُغَ أَشُدَّهُۥ ﴾ [6] ، قال ابن عباس ﷺ : « الأشد ثماني عشرة سنة » [7] .

١٤٣١٨ - وروي عن النبي ﷺ قال : « أيما صبي حج عشر حجج ثم بلغ ، فعليه حجة الإسلام » [8] ، فأضاف الحج عليه ، وأقل ما يمكن الصبي أن يحج بنفسه إذا كان له سبع سنين أو ثمان ، ثم أثبت له عشر حجج ثم البلوغ ، وهذا يلزم على أن البلوغ يتأخر إلى ثماني عشرة [9] سنة .

---

(١) في (م) : [لا يكون] .

(٢) في سائر النسخ : [في وجودها] ، لعل الصواب : [سببًا في وجوبها] ، بزيادة : [سببًا] .

(٣) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) .

(٤) في (م) ، (ع) : [فإذا] .

(٥) في (م) ، (ع) : [فأما الدليل على تصحيح مذهبنا بقوله تعالى] ، مكان المثبت .

(٦) سورة الأنعام : الآية ١٢٥ ، وسورة الإسراء : الآية ٣٤ .

(٧) لم نعثر عليه من قول ابن عباس بعد . قال الزيلعي بعد أن ذكره : [غريب] ، في نصب الراية « كتاب الحجر » ، « فصل في حد البلوغ » (١٦٦/٤) ، وقال الحافظ ابن حجر : « لم أجده ، نعم في تفسير البغوي بغير إسناد غير أن ابن عباس قال : الأشد : نهاية قوته ، وغاية شبابه ، وهو ما بين ثماني عشرة سنة إلى أربعين » ، وفي الدراية « كتاب الحجر » (١٩٩/٢) ، ضمن الحديث (٨٨٢) ، وقد أخرجه الطحاوي من قول سعيد بن جبير ، في المعاني « كتاب السير » ، « باب بلوغ الصبي بدون الاحتلام » (٢٢٠/٣) .

(٨) تقدم تخريجه .

(٩) في (م) ، (ع) : [عشر] .

١٤٣١٩ - احتجوا : بما روى عبد الله بن عمر قال : « عُرضت على رسول الله ﷺ عام أحد وأنا ابن أربع عشرة سنة ، فردني ، ولم يرني بلغت ، ثم عُرضت عليه عام الخندق ، وأنا ابن خمس عشرة سنة ، فأجازني في المقاتِلة » [1] . فنقل الحكم [2] ، وهو الإجازة في المقاتلة [3] ، والسبب هو أنه ابن خمس عشرة [4] سنة ، والحكم إذا نقل مع السبب فالظاهر أنه تعلق به [5] .

والثاني : أنه قال : « عُرضت على النبي ﷺ يوم أحد ، وأنا ابن أربع [6] عشرة سنة ، فردني ولم يرني بلغت » ، ومعلوم أنه لم يرد أنه من بلغ حدًّا يصلح للخروج ؛ لأن النبي ﷺ كان يخرج النساء والصبيان يستقون الماء ، فثبت أنه أراد بلوغ التكليف .

١٤٣٢٠ - قالوا : ولا يجوز أن يكون المراد به : أنه بلغ [7] حدًّا يصلح للقتال ، لأن الإجازة في المقاتلة [8] بمنزلة البلوغ ، ولا يجوز أن يجاز [9] فيها إلا البالغ .

١٤٣٢١ - قالوا : روي أنه قال : « عُرضت عليه وأنا ابن خمس عشرة سنة ، فرآني بالغا فأجازني » [10] .

---

(١) أخرجه البخاري في الصحيح « كتاب الشهادات » ، « باب بلوغ الصبيان وشهادتهم » (١٠٦/٢) ، ومسلم في الصحيح « كتاب الإمارة » ، « باب بيان سن البلوغ » (١٤٩٠/٣) ، الحديث (١٨٦٨/٩١) ، وأبو داود في السنن « كتاب الحدود » ، « باب في الغلام يصيب الحد » (٤٩٥/٢) ، والترمذي في السنن « كتاب الجهاد » ، « باب ما جاء في حد بلوغ الرجل » (٢١١/٤) ، الحديث (١٧١١) ، وابن ماجه في السنن « كتاب الحدود » ، « باب من لا يجب عليه الحد » (٨٥٠/٢) ، الحديث (٢٥٤٣) ، كما أخرجه أحمد في المسند ، في « مسند عبد الله بن عمر (رضي الله عنهما) » (١٧/٢) ، والشافعي في المسند « كتاب الجهاد » (١٢٨/٢) ، الحديث (٤٢١) ، والطحاوي في المعاني (٢١٨/٣) ، والدارقطني في السنن « كتاب السير» (١١٥/٤ ، ١١٦) الحديث (٤٠) ، والبيهقي في الكبرى « كتاب الحجر » ، « باب البلوغ بالسن» (٥٤/٦ ، ٥٥) .

(٢) قوله : [فنقل الحكم] ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش .

(٣) في (م) ، (ع) : [المقابلة] .

(٤) في (ص) : [خمسة عشر] ، وفي (م) ، (ع) : [خمسة عشرة] ، والصواب ما أثبتنا .

(٥) قاعدة : « الحكم إذا نقل مع السبب فالظاهر أنه تعلق به » .

(٦) قوله : [يوم واحد] ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش . ولفظ : [أربع] ساقط من (م) ، (ع) .

(٧) قوله : [أنه بلغ] ساقط من (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش .

(٨) في (م) ، (ع) : [المقابلة] .

(٩) في (م) ، (ع) : [أن يجاوز] .

(١٠) رواه ابن حبان في صحيحه والبيهقي بالزيادة ، ونقل عن ابن صاعد : أنه استغربها ، في تلخيص الحبير =

١٤٣٢٢ - الجواب [1] : أن هذا الخبر مداره على [عبد الله بن عمر العمري [2] ، عن نافع ، عن ابن عمر ﵄ ، وقد ضعف] [3] مخالفونا عبد الله العمري في رواية : « أن [4] النبي ﷺ جعل للفارس سهمين » [5] ، وصححوا خبره ههنا ورجعوا إليه في أصل من أصول الشريعة ، هو أعظم من مقدار السهم ، فاعترضوا بخبره على القرآن والأخبار المتفق عليها [6] .

١٤٣٢٣ - وكيف يظن أن حد البلوغ خمس عشرة سنة وخفي [7] هذا الحكم على الأئمة الراشدين ومَن بعدهم حتى سأل [8] عمر بن عبد العزيز نافعًا عن حضور ابن عمر مع رسول الله ﷺ المغازي ، فروي له هذا الخبر ، فيقول عمر : « هذا حد بين الصغير والكبير » [9] ، ومدة البلوغ يتعلق بها وجوب العبادات وثبوت الأحكام ، ويحتاج [10] الأئمة إلى معرفتها ، فيخفى مثل هذا على جميع الأمة ، حتى يستخرجه عمر بن عبد العزيز من حديث نافع .

= « كتاب الحجر » (٤١/٣) ، الحديث (١٢٤٠) .

(١) في (م) ، (ع) : [والجواب] بالعطف .

(٢) هو : عبد الله بن عمر بن حفص بن عاصم بن عمر بن الخطاب (﵁) ، قال البخاري : كان يحيى بن سعيد يضعفه ، قال النسائي : ليس بالقوي ، وقال أحمد : صالحٌ ، لا بأس به ، وقال ابن المديني : ضعيف مات ﵀ في سنة ثلاث وسبعين ومائة ، وقيل : قبلها . راجع ترجمته في : [كتاب الضعفاء والمتروكين] ص١٤٦ ، الترجمة (٣٤١) ، الجرح والتعديل (١٠٥/٥ ، ١١٠) الترجمة (٤٩٩) ، المجروحين (٢ ، ٦ ، ٧) ، الكامل (١٤١/٤) ، الترجمة (٩٧٦/٩) ، تقريب التهذيب (٤٣٤/١ ، ٤٣٥) ، الحديث (٤٩٠) .

(٣) ما بين المعكوفتين : مكرر في (ع) .

(٤) لفظ : [أن] ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) ، واستدركه المصنف في الهامش .

(٥) الحديث : أخرجه ابن عدي ، من طريق عبد الله بن عمر ، في الكامل ، في ترجمة « عبد الله بن عمر بن حفص » (١٤٢/٤) ، الترجمة (٩٧٦/٩) ، وأورده ابن حبان في المجروحين ، في ترجمة « عبد الله بن عمر ابن حفص » (٧/٢) ، كما أخرجه الدارقطني في السنن « كتاب السير » (١٠٧/٤) ، الحديث (٢٢) . راجع تخريجه أيضًا في نصب الراية « كتاب السير » ، « باب الغنائم وقسمتها » (٤١٧/٣ ، ٤١٨) .

(٦) في (م) ، (ع) : [متفق عليها] بدون الألف واللام .

(٧) في (م) ، (ع) : [فخفي] .

(٨) لفظ : [سأل] مكرر في (ع) .

(٩) سبق تخريجه وأخرجه ابن أبي شيبة في المصنف « كتاب الجهاد » ، « في الغرر بالغلمان ومن لم يجزهم لحكم فيهم » (٧٣٤/٧) ، وابن سعد في الطبقات الكبرى ، في ترجمة « عبد الله بن عمر بن الخطاب (﵄) » (١٠٥/٤) ، القسم الأول .

(١٠) في (ع) : [تحتاج] .

١٤٣٢٤ - ثم هو خبر مضطرب ؛ لأنه روى فيه : « أن ابن عمر عرض يوم بدر وله ثلاث عشرة سنة [١]

١٤٣٢٥ - [وبين] [٢] يوم أحد والخندق سنتان [٣] ، هكذا رواه ابن إسحاق والواقدي ، فعلى هذا كان [٤] لابن عمر في الخندق ست عشرة [٥] سنة ؛ لأن بدرًا كانت في شهر رمضان من السنة الثانية من الهجرة ، وأحدًا في شوال [٦] من السنة الثالثة ، والخندق كانت في ذي القعدة من السنة الخامسة .

١٤٣٢٦ - فإن قيل : قد ذكر الزهري : أن الخندق [٧] كانت سنة أربع [٨] ، فوافق ابن عمر ﷺ .

١٤٣٢٧ - قلنا : ابن إسحاق والواقدي أعلم بهذا من الزهري [٩] ، وقد كان يرجع إلى ابن إسحاق ، والذي يبين [١٠] ذلك : أن بين بَدْر والخندق أُحُدًا الموعد [١١] ، وقد كانت على سنة من أحد ، لأن أبا سفيان واعدهم يوم بدر لأحد [١٢] / من العام ١٦٤/ب

---

(١) هذا جزء من حديث ابن عمر (ﷺ) ، أخرجه ابن سعد بطوله في نفس المصدر السابق ، والبيهقي في الكبرى « كتاب الحجر » ، « باب البلوغ بالسن » (٥٥/٦) .

(٢) الزيادة : أثبتناها لمقتضى السياق .

(٣) قال ابن إسحاق : كانت غزوة أحد في شوال سنة ثلاث ، وغزوة الخندق في شوال سنة خمس من الهجرة . وقال الواقدي ، وابن سعد : غزوة الخندق كانت في ذي القعدة سنة خمس من الهجرة . راجع : سيرة ابن هشام (٦٠/٢ ، ٢١٤) ، المغازي للواقدي (١٩٩/١) ، (٤٤٠/٣ ، ٤٤١) ، الطبقات لابن سعد ، القسم الأول في ذكر مغازي رسول الله ﷺ (٢٥/٢ ، ٤٧) ، البداية والنهاية (٩٣/٤ ، ٩٤) .

(٤) لفظ : [كان] ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش .

(٥) في (ص) : [سنة عشرة] ، وفي (م) ، (ع) : [ست عشر] ، والصواب ما أثبتناه .

(٦) في (ص) : [وأحد] بالرفع ، والصواب ما أثبتنا بالنصب ، وفي (م) ، (ع) : [وأخذ في السؤال] ، مكان : [واحدًا في شوال] .

(٧) قوله : [أن الخندق] ساقط من (ع) .

(٨) أورده البيهقي من قول الزهري ، ومالك بن أنس ، في الكبرى ، الباب السابق (٥٦/٦) ، والحافظ ابن كثير في البداية والنهاية ، في [غزوة الخندق] (٩٣/٤) .

(٩) قال ابن كثير بعد أن ذكر الاختلاف في تاريخ أحد والخندق : « والصحيح قول الجمهور : أن أحدًا في شوال سنة ثلاث ، وأن الخندق في شوال سنة خمس من الهجرة » وفي البداية والنهاية (٩٤/٤) .

(١٠) في (م) ، (ع) : [تبين] .

(١١) في (م) ، (ع) : [الوعد] .

(١٢) في جميع النسخ : [الخندق] ، مكان : [أحد] ، وما أثبتناه من كتب التاريخ ، وهو الصواب .

المقبل [١] ، يبين [٢] ذلك : أن أحمد ابن محمد [٣] قال : حدثنا سفيان بن عيينة ، عن ابن أبي [٤] نجيح ، عن مجاهد قال : « شهد ابن عمر الفتح وهو ابن عشرين سنة » [٥] ، والفتح كان في شهر رمضان سنة ثمان [٦] .

١٤٣٢٨ - وعند أصحاب [٧] الحديث : أن شرط الصحيح لم يوجد في شيء من هذه الأسانيد إلا في هذا الحديث [٨] ، وهو يقتضي أن سن ابن عمر كان يوم الخندق تسع عشرة سنة .

١٤٣٢٩ - وقد ذكر الواقدي في كتاب الطبقات ، قال أخبرني أسامة بن زيد بن أسلم ، عن أبيه ، عن جده ، قال : « سمعت عمر بن الخطاب [ﷺ] [٩] يقول : ولدت قبل عام الفجار الأعظم [١٠] بأربع سنين ، وأسلمت في ذي الحجة السنة السادسة من المبعث ، وأنا ابن ست وعشرين سنة [١١] .

وكان عبد اللّٰه بن عمر [﵄] [١٢] يقول : « أسلم عمر وأنا ابن ست سنين » [١٣] ، فعلى هذا سنه من الهجرة ثلاث عشرة سنة ؛ لأن ابن عباس ﷺ روى : « أن النبي ﷺ

---

(١) يراجع في ذلك المغازي للواقدي ، في « غزوة بدر الموعد » (١/٣٨٤) ، الطبقات لابن سعد ، في « غزوة رسول اللّٰه ﷺ بدر الموعد » القسم الأول (٢/٤٢) .

(٢) في (م) ، (ع) : [وبين] .

(٣) في سائر النسخ : [أحمد بن حنبل] ، والمثبت من طبقات ابن سعد .

(٤) الزيادة : من (م) ، (ع) .

(٥) أخرجه ابن سعد من هذا الطريق بهذا اللفظ ، في الطبقات ، في ترجمة « عبد اللّٰه بن عمر بن الخطاب (ﷺ) » ، القسم الأول (٤/١٢٦ ، ١٢٧) .

(٦) لفظ : [ثمان] ساقط من (ع) .

(٧) لفظ : [أصحاب] مكرر في (ص) .

(٨) في (م) ، (ع) : [إلا في حديث] ، مكان المثبت .

(٩) في (م) ، (ع) : [رسول اللّٰه ﷺ] ، مكان : [عمر بن الخطاب] .

(١٠) في (م) ، (ع) : [حال الأول] ، مكان : [عام الفجار الأعظم] ، وفي صلب (ص) : [الأول] ، مكان : [الأعظم] ، وما أثبتناه من هامش (ص) من نسخة أخرى .

(١١) في جميع النسخ : [ستة وعشرين] ، والصواب ما أثبتناه ، ولفظ [سنة] ساقط من (م) ، (ع) .

(١٢) الزيادة : من (م) ، (ع) .

(١٣) أخرجه ابن سعد من هذا الطريق بهذا اللفظ في الطبقات في ترجمة [عمر بن الخطاب (ﷺ)] ، القسم الأول (٣/١٩٣) .

أقام بمكة [ثلاث] عشر سنة [١] ، فعلى هذا سنه في الخندق ثمان [٢] عشرة سنة .

١٤٣٣٠ – فإن قيل : قد روي : أن النبي ﷺ أقام بمكة [٣] عشر سنين ، وروي : أنه أقام خمس عشرة سنة [٤] .

١٤٣٣١ – قلنا : الصحيح رواية ابن عباس ، وقد استدلَّ على ذلك بقول أبي قيس صرمة بن أبي أنس :

ثوى في قريش بضع عشرة حجةً يذكر لو يلقى صديقًا مواتيا

ويعرض في أهل المواسم نفسه فلم ير من يؤوي ولم ير داعيا [٥]

١٤٣٣٢ – على أن كل واحدة [٦] من الروايات الثلاث [٧] لو صحت خالفت قولهم ، إن كان أقام عشرًا فسن ابن عمر كان ببدر [٨] إحدى عشرة سنة وشهور ؛ لأن الهجرة كانت في شهر ربيع الأول ، وبدرًا [٩] في شهر رمضان من السنة الثانية ، وإن [١٠] صحت رواية ابن عباس خرج منها أنه كان يوم بدر في الخامس عشر ، وإن صح أن للنبي ﷺ خمس عشرة سنة فله في بدر سبع عشرة [١١] ، وفي الخندق عشرون .

١٤٣٣٣ – وهذا الاضطراب في الرواية [١٢] يدل على أن خبر نافع ليس بمضبوط ، فلا يجوز الرجوع إليه .

---

(١) في هامش (ص) : [ست] ، مكان : [ثلاث] ، الصواب ما أثبتناه من واقع الحديث . وحديث ابن عباس (ﷺ) : أخرجه ابن سعد في الطبقات .

(٢) في هامش (ص) : [ثلاث] ، مكان : [ثمان] ، والصواب ما أثبتناه .

(٣) ما بين المعكوفتين : ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش .

(٤) هاتين الروايتين : أخرجهما ابن سعد من وجوه مختلفة ، في الطبقات ، العنوان السابق (١٥١/١) ، والطبري في تاريخه (٢٤٩/٢ – ٢٥١) .

(٥) ذكر البيتين الطبري في تاريخه (٢٥٠/٢) ، وابن كثير في البداية والنهاية (٢٠٤/٣) .

(٦) في (ص) ، (م) : [واحد] .

(٧) لفظ : [الثلاث] ساقط من (ع) .

(٨) في (م) ، (ع) : [ببدر كانت] ، مكان : [كان ببدر] .

(٩) الزيادة : من (م) ، (ع) ، وفي (ع) : [ندر] ، مكان : [بدر] . راجع تاريخ الطبري ، في [ذكر الوقت الذي عمل فيها التاريخ] (٢٥٢/٢) .

(١٠) في (م) ، (ع) : [فإن] .

(١١) في جميع النسخ : [ست عشرة] ، مكان : [سبع عشرة] ، والصواب ما أثبتناه .

(١٢) في (م) ، (ع) : [الروايات] .

١٤٣٣٤ – وقد تعاطى مخالفونا في هذا ما أبطلوا به الخبر ، فقالوا : نحمل [١] قوله – : « عرضت عليه يوم [أحد وأنا ابن أربع عشرة سنة » – على أنه كان في أولها [٢] .

١٤٣٣٥ – وقوله : « عرضت عليه يوم] [٣] الخندق [٤] وأنا ابن خمس عشرة» – يعني في آخرها ، فيصح ذلك على رواية أصحاب المغازي .

١٤٣٣٦ – قلنا : فعلى هذا فمن الذي [٥] يمنع أن يكون قوله : « وأنا ابن خمس عشرة» بمعنى استكملتها [٦] ، ويكون قد مضى صدر من السادس عشرة ولم يكملها ، فيكون حد البلوغ أكثر من خمس عشرة سنة [٧] على هذا القول .

١٤٣٣٧ – وهذا هو العادة أن [٨] يقال للإنسان أربع عشرة سنة ، يعني استهلها [٩] ، ويقال ذلك بمعنى : أكملها وإن كان قد طعن في التي تليها [١٠] ومضى بعضها .

١٤٣٣٨ – فإن اعتبروا الحقيقة لم تصح الرواية ، وإن اعتبروا المجاز بطل تحديدهم .

١٤٣٣٩ – على أنه لم ينقل في الخبر أن النبي ﷺ عرف سن ابن عمر ، فعلق الرد والإجازة به ، ولا سأل عنه حتى يكون الحكم تعلق بذلك ، وقد كان يرد البالغ إذا لم يطق حمل السلاح ، ويجيز [١١] غير البالغ إذا أطاق ذلك .

١٤٣٤٠ – يدل عليه [١٢] : حديث سعد بن أبي وقاص قال : « رأيت أخي عمير بن أبي وقاص قبل أن يعرضنا رسول الله ﷺ فيستصغرني فيردني ، وأنا أحب الخروج ،

---

(١) في (م) ، (ع) : [فقال يحمل] ، مكان المثبت .

(٢) في (م) ، (ع) : [أنه تكرر وأنا ابن خمس عشرة كان في أولها] ، مكان : [أنه كان في أولها] .

(٣) ما بين المعكوفتين : ساقط من صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش .

(٤) في (م) ، (ع) : [يوم الخندق وأنا ابن أربع عشرة سنة على أنه تكرر] بزيادة ما بعد : [يوم الخندق] ، وهو سهو من النساخ .

(٥) في (م) : [فمن ذي الذي] ، وفي (ع) : [فمن ذا الذي] .

(٦) في (ع) : [يعني] ، مكان : [بمعنى] ، وفي (ص) ، (م) : [أوليلها] ، وفي (ع) : [أولها] ، مكان : [استكملتها] ، وما أثبتناه أقرب إلى الصواب .

(٧) لفظ : [سنة] ساقط من (م) ، (ع) .

(٨) في (م) ، (ع) : [أنه] ، بزيادة الهاء .

(٩) في (م) ، (ع) : [أسهلها] .

(١٠) في (ع) : [يليها] .

(١١) في (ع) : [ويجيز] .

(١٢) في (م) : [يدل على] ، وفي (ع) : [يدل على ذلك] ، مكان المثبت .

لعل اللَّه أن يرزقني الشهادة ، قال : فَعُرِض [١] على النبي ﷺ فاستصغره ، وقال : ارجع ، فبكي عمير فأجازه [٢] رسول اللَّه ﷺ قال : فكان سعد يقول : لقد كنت أعقد له حمائل سيفه من صغره ، فقتل ببدر وهو ابن ست عشرة سنة » [٣] ، فهذا قد رده النبي ﷺ وقد تجاوز سن ابن عمر ، لأنه ظن أنه لا يقدر على حمل السلاح ، فلما رآه يحب الحضور استدل على شجاعته وأجازه .

١٤٣٤١ - وقد روي عن ابن عمر أنه [٤] قال : « أجازني رسولُ اللَّه ﷺ ورافعَ بن خديج يوم الخندق وسنُّنا خمس عشرة سنة » [٥] .

١٤٣٤٢ - وقد كان رسول اللَّه ﷺ أجاز رافعًا يوم أحد ، وهو في سن ابن عمر ، فدل [٦] : على أن الإجازة [٧] لا تتبع السن .

وقد رُوي : « أن رافع بن خديج حضر [٨] يوم أحد ، فاستصغره رسول اللَّه ﷺ فأمر برده ، فقال عمه ظهير بن رافع : يا رسول اللَّه ، إن ابن أخي رام ، فأجازه » [٩] ، أفلا يرى أن رسول اللَّه ﷺ أجازه [١٠] لرميه ، لا لسنه .

١٤٣٤٣ - وقد رويَ : « أنه ﷺ أجاز غلامًا في بعث ثم عرض بعده سمرة ابن جندب ، فرده فقال سمرة : يا رسول اللَّه أجزت غلامًا ورددتني ، ولو صارعني لصرعته ، فقال : فدونك فصارعه ، فصرعته [١١] فأجازني في البعث » [١٢] .

---

(١) في جميع النسخ : [فعرض] ، المثبت من واقع الحديث .

(٢) في (م) ، (ع) : [وأجاره] .

(٣) أخرجه الحاكم مختصرًا ، في المستدرك [كتاب معرفة الصحابة] .

(٤) الزيادة : لمقتضى السياق ، وقوله : [أنه [ساقط من (م) ، (ع) .

(٥) أخرجه البيهقي في الكبرى [كتاب الحجر] ، [باب البلوغ بالسن] (٥٥/٦) ، وفي [كتاب السير] ، [باب من لا يجب عليه الجهاد] (٢٢/٩) .

(٦) في (م) ، (ع) : [لأنه] ، مكان : [فدل] .

(٧) قوله : [على أن الإجازة] ساقط من (م) ، (ع) ، و من صلب (ص) ، واستدركه المصنف في الهامش .

(٨) في (م) ، (ع) : [خرج وحضر] ، مكان : [فدل] بزيادة : [خرج و] .

(٩) أخرجه الواقدي في المغازي ، في [غزوة أحد] (٢١٦/١) ، والحاكم بمعناه في المستدرك « كتاب معرفة الصحابة » (٥٦٢/٣) .

(١٠) في (م) ، (ع) : [يراه] ، مكان : [يرى] ، والزيادة : من (ع) ، وقوله : [أجازه] ساقط من (م) ، (ع) .

(١١) قوله : [فصرعته] ساقط من (م) ، (ع) .

(١٢) أخرجه الواقدي بهذا المعنى في المغازي ، في « غزوة أحد » (٢١٦/٢) ، والطحاوي في المعاني « كتاب =

١٤٣٤٤ – فهذه الأخبار تدل على أن النبي ﷺ كان يجيز من يقوى على حمل السلاح ، ويرد من يضعف عن ذلك ، وأن الحكم لا يتعلق بالبلوغ ، فيجوز رد ابن عمر في أحد ، لأنه كان [1] لا يطيق السلاح ، وأجازه في الخندق لأنه قويّ على حمله ، ولا يصح لمخالفنا التعلق بالخبر .

١٤٣٤٥ – فإن قيل : الجهاد عبادة ، فكيف يجوز فيها [2] من لم يبلغ ؟ .

١٤٣٤٦ – قلنا : كما يجوز في الحج والصوم والصلاة .

١٤٣٤٧ – وقد روي في خبر ابن عمر الذي احتجوا به : « أن النبي ﷺ رده في أحد ، وجعله في حرس المدينة » والحرس عبادة كالجهاد ، إلا أنه أخره وإن كان من أهل [3] القتال ، كما يؤخر الضعيف ويقدم القوي .

١٤٣٤٨ – وكيف يظن أن الحكم يتعلق بهذا السن ، ولم يعلق النبي ﷺ حكمًا من أحكام البلوغ ، بل علق جميعها بغيره [4] ، وقال : « رفع القلم عن الصبي حتى يحتلم » [5] ، وقال : « غسل الجمعة واجب على كل محتلم » [6] ، وقال لمعاذ : « خذ من كل حالم دينارًا » [7] ، وقال : « لا يقبل اللّٰه صلاة حائض إلا بخمار » [8] .

١٤٣٤٩ – ولم ينقل [9] عن أحد من الصحابة أنه عمل على ذلك ، ولا علق عليه

= السير » ، « باب بلوغ الصبي بدون الاحتلام » (٢١٩/٣) ، والبيهقي في الكبرى « كتاب السير » ، « باب من لا يجب عليه الجهاد » (٢٢/٩) .

(١) لفظ : [كان] ساقط من صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش .

(٢) لفظ : [يجوز] ساقط من (م) ، وفي (ع) : [ينهي] ، مكان : [يجوز فيها] .

(٣) لفظ : [أهل] ساقط من (ع) .

(٤) في (ع) : [بغيرها] .

(٥) تقدم تخريجه في هامش من هذه المسألة .

(٦) في (م) ، (ع) : [مسلم] ، مكان : [محتلم] . والحديث أخرجه البخاري في الصحيح « كتاب الجمعة » ، « باب فضل الغسل يوم الجمعة » (١٥٨/١) ، وفي « كتاب الشهادات » ، « باب بلوغ الصبيان » (١٠٦/٢) ، ومسلم في الصحيح « كتاب الجمعة » ، وجوب غسل الجمعة (٥٨٠/٢) ، الحديث (٨٤٦/٥) .

(٧) تقدم تخريجه في مسألة (٣٢١) .

(٨) أخرجه أبو داود في السنن « كتاب الصلاة » ، « باب المرأة تصلي بغير خمار » (١٦٧/١) ، والترمذي في السنن « أبواب الصلاة » ، « باب ما جاء لا تقبل صلاة المرأة إلا بخمار » (٢١٥/٢) ، الحديث (٣٧٧) ، وابن ماجه ، في السنن « كتاب الطهارة » ، « باب إذا حاضت الجارية لم تصلِّ إلا بخمار » (٢١٥/١) ، الحديث (٦٥٥) ، والحاكم في المستدرك « كتاب الصلاة » (٢١٥/١) .

(٩) في (م) ، (ع) : [ولا ينقل] .

حكمًا من الأحكام فسقط الاحتجاج به .

١٤٣٥٠ - وقد ذكر بعضهم حديثًا زعم أنه أسند إلى أنس بن مالك « ﷺ » أن النبي ﷺ قال : « إذا استكمل المولود [1] خمس عشرة سنة كتب ماله وما عليه [2] ، وأخذت منه الحدود » [3] .

وهذا حديث موضوع لا يمكن أن يضاف إلى كتاب صحيح ولا فاسد ، ولا يعرفه أحد من أصحاب الحديث ، وكيف يسوغ التسامح بذكره ومبنى هذا الحكم مع [4] عموم الحاجة إليه لا يثبت بخبر واحد صحيح ، فكيف بخبر لا يعرف ؟ .

١٤٣٥١ - قالوا : يصح إيمانه ويلزم اعتقاده ، ويعاقب على تركه ؛ فوجب أن يكون بالغًا [5] . أصله : من له تسع عشرة سنة .

١٤٣٥٢ - قلنا : لا نسلم أن الإيمان يلزمه ببلوغ هذا السن ، ولا يصح إيمانه إلا مع إكمال العقل ، فإن ضموا هذا الوصف إلى العلة فالحكم يتعلق به عندنا ، ومن علق الحكم بوصف واحد فهو أولى ممن علقه بوصفين أو بأوصاف .

١٤٣٥٣ - ولا نسلم أن من أسلم في هذا السن يعاقب على ترك الإسلام ، وإنما يجبر على العود ، وأما [6] العقوبة فلا .

١٤٣٥٤ - والمعنى في الأصل : أنه فات وقت الاحتلام [في العادة] [7] فانتقل الحكم عنه [8] إلى غيره ، [وفي مسألتنا : لم يفت وقت الاحتلام في العادة ، فلم ينتقل الحكم عنه] [9] ، وهذا اعتبار صحيح ؛ لأن السن يقوم مقام الاحتلام ، فلا يتعلق به حكم مع توقت الأصل [10] ، كالإبدال .

١٤٣٥٥ - قالوا : من صح بيعه وتوكيله بالعقود كان بالغًا ، كابن تسع عشرة سنة .

---

(١) في (ص) : [الرجل] ، مكان : [المولود] .
(٢) في (م) ، (ع) : [كتب له ما له وعليه] ، مكان المثبت .
(٣) ذكره البيهقي في الكبرى [كتاب الحجر] ، [باب البلوغ بالسن] (٥٧/٦) .
(٤) في (م) ، (ع) : [فكيف يسوغ السمح بذلك ومبني هذا الحكم على] ، مكان المثبت .
(٥) في جميع النسخ : [بالبنا] ، لعل الصواب ما أثبتناه .
(٦) في (م) ، (ع) : [فأما] .
(٧) الزيادة : من (م) ، (ع) .
(٨) لفظ : [الحكم] ساقط من صلب (ص) ، واستدركه المصنف في الهامش ، ولفظ : [عنه] ساقط من (ع) .
(٩) ما بين المعكوفتين : ساقط من صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش .
(١٠) في (ص) : [الأكل] ، مكان : [الأصل] .

١٤٣٥٦ - قلنا : ينتقض على أصلنا بمن [1] لم يبلغ خمس عشرة سنة .

ولأن صحة البيع لا تعلق لها [2] بالبلوغ [3] ؛ لأن المجنون بالغ ولا يصح بيعه ، ولأن البلوغ حد تتعلق به الأحكام الشرعية ، وجواز البيع والتوكيل يتعلق بالعقل ؛ لأنا نحكم [4] قبل الشرع بصحة البياعات ، والظاهر أن الحد الذي تتعلق به الأحكام الشرعية يثبت [5] بالشرع لا بالعقل ، والمعنى فيما قالوه ما قدمناه .

١٤٣٥٧ - قالوا : إنه معنى يتعلق به البلوغ يشترك فيه الذكر والأنثى ؛ فوجب أن يستويا فيه ، كالاحتلام .

١٤٣٥٨ - قلنا : هذا التعليل لإثبات حكم يخالف العادة ؛ لأن العادة : أن بلوغ الجارية يتقدم ، والعادة دليل مقطوع به .

١٤٣٥٩ - ولأنهما يفترقان [6] فيما يقع به البلوغ ، بدلالة : أنها تبلغ بالحيض والحبل ، ولا يوجد ذلك في الغلام ، وكذلك لا يمتنع أن يختلفا في السن .

ولأن بلوغ الجارية بالاحتلام ، وليس [7] بمنصوص عليه عند أصحابنا ، ومنهم من [8] منع ذلك وقال : لا تبلغ الجارية به .

١٤٣٦٠ - قالوا : حكم يتعلق بمدة تزيد [9] على العشرة ، فلا يبلغ عشرين ، فوجب أن يقف على خمس [10] عشرة كأقل الطهر .

١٤٣٦١ - قلنا : نقلب فنقول : لا يقدر فيه مدة البلوغ ، كمدة الطهر ، ويبطل ما قالوه بمدة [11] العنة ، لأنها تزيد على عشرة أشهر ولا تبلغ العشرين ، ولا تقف [12] على خمس عشرة سنة ، وكذلك الزكاة .

---

(١) في (م) ، (ع) : [ممن] .
(٢) في جميع النسخ : [له] ، والصواب ما أثبتناه .
(٣) قاعدة : « صحة البيع لا تعلق لها بالبلوغ »
(٤) في (م) ، (ع) : [لا بالحكم] ، مكان : [لأنا نحكم] .
(٥) في (م) ، (ع) : [ثبت] .
(٦) في (م) ، (ص) : [يفرقان] .
(٧) في (م) ، (ع) : [ليس [بدون الواو .
(٨) لفظ : [من] ساقط من صلب (ص) ، واستدركه المصنف في الهامش .
(٩) في (م) ، (ع) : [به بزيد] .
(١٠) لفظ : [خمس] ساقط من (م) ، (ع) .
(١١) في (م) ، (ع) : [لمدة] .
(١٢) قوله : [ولا تبلغ العشرين] ساقط من صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش ، وفي (م) : [فلا يقف] ، وفي (ع) : [فلا تقف] ، مكان : [ولا تقف] .


مسألة ٧١٨

الإنبات دليل البلوغ

١٤٣٦٢ - قال أصحابنا [١] : الإنبات لا يدل على البلوغ [٢] .

١٤٣٦٣ - وقال الشافعي : إذا نبت للغلام [٣] أو الجارية الشعر القوي الخشن حول ذكر الغلام وفرج الجارية ، كان بلوغًا في أولاد / المشركين . ١٦٥/أ

١٤٣٦٤ - وهل هو بلوغ ، أو دلالة على البلوغ ؟ على قولين .

١٤٣٦٥ - فإن قالوا : بلوغ في المشرك ، فهو بلوغ في المسلم [٤] .

١٤٣٦٦ - وإن قالوا : يدل على البلوغ ، ففي المسلم على وجهين [٥] .

لنا : قوله ﷺ : « رفع القلم عن ثلاث : عن الصبي حتى يحتلم » [٦] ، وهذا يقتضي أنه ممن رفع القلم عنهم وإن أنبت [٧] .

١٤٣٦٧ - ولأنه شعر عضو ، فخروجه لا يكون بلوغًا ، ولا يستدل به على البلوغ ، كاللحية .

ولأن كل حكم لا يتعلق بخروج النبات لا يتعلق بالإنبات ، أصله : وجوب الزكاة في ماله ، ووجوب صلاة العيد .

---

(١) في (م) ، (ع) : [الغلام] .

(٢) راجع المسألة في : السير الكبير لمحمد « باب الحكم في أهل الحرب إذا نزلوا على حكم رجل من المسلمين » (٥٩٠/٢ - ٥٩٢) ، أحكام القرآن للجصاص « باب استئذان المماليك والصبيان » (٣٣٢/٣ ، ٣٣٣) ، روضة القضاة للسمناني « كتاب الحجر » في « أمارات البلوغ » (٤٤١/١) ، المسألة (٢٥٥٦) ، البناية « كتاب الحجر » ، « فصل في حد البلوغ » (١٢٥/١٠) ، حاشية ابن عابدين « كتاب الحجر » (١٠٠/٥) .

(٣) في (م) ، (ع) : [الغلام] . (٤) في (م) ، (ع) : [على المسلم] .

(٥) راجع تفصيل المسألة في : المهذب مع المجموع « باب الحجر » (٣٥٩/١٣ ، ٣٦٠ ، ٣٦٣ ، ٣٦٤) ، حلية العلماء « باب الحجر » (٥٣٣/٤) ، نهاية المحتاج « باب الحجر » (٣٥٨/٤) ، الجامع لأحكام القرآن ، في « سورة النساء » (٣٥/٥ ، ٣٦) ، شرح الزرقاني « باب الجنون » (٢٩٢/٥) ، الكافي لابن قدامة « باب الحجر » (١٩٣/٢) المغني « كتاب الحجر » (٥٠٩/٤) .

(٦) راجع تمام الحديث وتخريجه في مسألة (٧١٧) .

(٧) في جميع النسخ : [وهذا يقتضي أنه من فرع العلم وإن انتبه] ، خلا في (ع) : [القلم] ، مكان : [العلم] ، وما أثبتناه أقرب للسياق .

١٤٣٦٨ - ولا يلزم : استحباب الحلق ؛ لأن ذلك يتعلق بالشارب .

١٤٣٦٩ - ولأنه موضع من بدنه ، فخروج الشعر فيه وعدمه سواء ، كسائر المواضع .

١٤٣٧٠ - ولأن نبات الشعر حول الفرج يختلف باختلاف الناس ، فيتقدم في بعضهم (١) على البلوغ ويتأخر عنه في بعضهم ، فصار كشعر سائر الأعضاء .

١٤٣٧١ - احتجوا : بما روي عن (٢) عطية ﷺ ، قال : « عُرضت على رسول اللّٰه ﷺ يوم قريظة فشكُّوا فيَّ (٣) ، فأمر النبي ﷺ أن ينظر إليَّ هل أنبت ؟ فنظروني فلم يجدوني أنبت ، فخلى عني وألحقني بالسبي » (٤) .

١٤٣٧٢ - وروي : أنه قال : « كنت فيمن حكم فيهم سعد بن معاذ ، فشكوا إليّ من الذرية أو من المقاتلة (٥) ؟ ، فقال النبي ﷺ : انظروا إن (٦) كان قد أنبت وإلا فلا تقتلوه » (٧) .

١٤٣٧٣ - وروى مجاهد عن عطية ، عن رجل من بني قريظة ، أخبره : « أن أصحاب رسول اللّٰه ﷺ يوم قريظة جردوه ، فلم يروا الموسي على شعره ، وتركوه من القتل » (٨) .

١٤٣٧٤ - الجواب (٩) : أن عطية القرظي (١٠) قال أصحاب الحديث : لا يعرف بالرواية .

---

(١) في (م) ، (ع) : [بعضهن] .

(٢) لفظ : [عن] ساقط من صلب (ص) ، واستدركه المصنف في الهامش .

(٣) في (م) ، (ع) : [يوم فريضة فكواني] .

(٤) أخرجه أحمد في المسند (٣٨٣/٤) ، (٣١١/٥ ، ٣١٢) ، والبيهقي في الكبرى « كتاب الحجر » ، « باب البلوغ بالإنبات » (٥٨/٦) ، والترمذي بمعناه في السنن « كتاب السير » ، « باب ماجاء في النزول على الحكم » (١٤٥/٤) ، الحديث (١٥٨٤) ، وابن ماجه في السنن « كتاب الحدود » ، « باب من لا يجب عليه الحد » (٨٤٩/٢) ، الحديث (٢٥٤١) .

(٥) في (ع) : [أو المقاتلة] بحذف [من] ، وفي (م) : [المقابلة] ، مكان : [المقاتلة] .

(٦) في (م) ، (ع) : [فأن] .

(٧) لم نعثر على هذه الرواية بهذا اللفظ ، وقد أخرجها أبو داود بمعناها في السنن « كتاب الحدود » ، « باب في الغلام يصيب الحد » (٤٩٢/٢) ، والنسائي في السنن « كتاب الطلاق » ، « باب متى يقع طلاق الصبي » (١٥٥/٦) ، والطحاوي في المعاني « كتاب السير » ، « باب بلوغ الصبي بدون الاحتلام » (٢١٦/٣) .

(٨) أخرجه الطحاوي « كتاب السير » ، « باب بلوغ الصبي بدون الاحتلام » ٢١٧/٣ ، والبيهقي في الكبرى ، « كتاب الحجر » ، « باب البلوغ بالإنبات » (٥٨/٦) .

(٩) في (م) ، (ع) : [والجواب] بالعطف .

(١٠) عطية القرظي : صحابي صغير ، لا يعرف اسم أبيه ، نزل الكوفة ، روى عنه مجاهد ، وعبد الملك بن عمير ، وكثير ابن السائب . راجع ترجمته في : الاستيعاب بهامش الإصابة « باب عطية » (١٤٦/٣) ، الجرح والتعديل (٣٨٤/٦) ، الترجمة (٢١٣٢) ، أسد الغابة (٤١٣/٣) ، الإصابة (٤٨٥/٢) ، تقريب التهذيب (٢٥/٢) ، الترجمة (٢٢٤) .

وقد اضطرب الخبر ، فمرة يرويه عن نفسه ، ومرة يرويه عن غيره ، ومرة يرفعه [١] إلى النبي ﷺ .

وذكر أهل المغازي : « أن سعدًا حكم بذلك فيمن لم ينبت » [٢] ، وروي اعتبار الإنبات ، وروي : أنه أمر بقتل من اخضر مئزره [٣] .

١٤٣٧٥ - وهذا يدل على الإنبات حول الفرج ، ويقتضي اعتبار الإنبات من السرة إلى العانة .

١٤٣٧٦ - وروي : « أنه أمر بقتل من جرب عليه المواسي » [٤] وهذا يقتضي تكرار الحلق بعد الإنبات ، وكيف يظن أن هذا حد في البلوغ ، أمر به رسول الله ﷺ في بني قريظة بمشهد من أصحابه ، ولم يروه [٥] أحد منهم حتى رواه صبي من أولاد المشركين وغفل [٦] عنه الجماعة ، وهذا يوجب [٧] الشك في الخبر ، ويجوز أن يكون ﷺ أمر برفع القتل عمن لم ينبت ، استظهارًا في ترك القتل ، إلا أن ذلك ينفي البلوغ لا محالة .

١٤٣٧٧ - قالوا : روى محمد بن يحيى بن حبا : « أن غلامًا من الأنصار من آل أبي صعصعة شبَّب [٨] بامرأة في شعره ، فرفع إلى عمر فلم يجده أنبت ، فقال : لو أنبتَّ الشعر لحددتك » [٩] .

١٤٣٧٨ - وروى عبد الله بن عبيد بن [١٠] عمير : « أن عثمان أُتي بغلام قد سرق فقال :

---

(١) الزيادة : أثبتناها لمقتضى السياق .

(٢) أخرجه البخاري ، في الصحيح « كتاب المغازي » باب مرجع النبي ﷺ من الأحزاب] (٤٣/٣) ، ومسلم في الصحيح « كتاب الجهاد » ، « باب جواز قتال من نقض العهد » (١٣٨٨/٣ ، ١٣٨٩) ، الحديث (١٧٦٨/٦٤) .

(٣) لم نعثر على هذه الرواية بعد ، وقد ذكرها الجصاص دون أن ينسبها إلى أحد ، في أحكام القرآن « باب استئذان المماليك والصبيان » (٣٣٢/٣) .

(٤) أخرجه الواقدي في المغازي « باب غزوة بني قريظة » (٥١٢/٢) ، وابن سعد في الطبقات ، في « غزوة رسول الله ﷺ إلى بني قريظة » ، القسم الأول (٥٤/٢) .

(٥) في (م) ، (ع) : [فلم يروه] . (٦) في (م) ، (ع) : [وعقل] .

(٧) في (م) ، (ع) : [موجب] .

(٨) في (ص) : [يشيب] ، وفي (ع) : [ثشبب] .

(٩) أخرجه البيهقي ، في الكبرى « كتاب الحجر » ، « باب البلوغ بالإنبات » (٨٥/٦) ، والدارقطني في التلخيص « كتاب الحجر » (٤٤/٣) ، ضمن الحديث (١٢٤٥) .

(١٠) قوله : [عبيد بن] ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش .

انظروا هل اخضر مئزره ؟ فإن اخضر فاقطعوه ، وإن لم يكن اخضر فلا تقطعوه » (١) .

١٤٣٧٩ - وروى أبو نضرة الغفاري ، وعقبة بن عامر الجهني أنهما قالا : « من أنبت فاقسموا له من الغنيمة » (٢) .

١٤٣٨٠ - قالوا : وهذا إجماع ، ومن أصل أبي حنيفة ترك القياس بقول (٣) الصحابي الواحد ، فكيف ينكر (٤) لقول الجماعة ، .

١٤٣٨١ - قلنا : روي عن عليٍّ بن أبي طالب ﷺ أنه قال : « رفع القلم عن الصبي حتى يحتلم » (٥) .

١٤٣٨٢ - وعن ابن عباس ﷺ أنه كتب إلى نجدة الحروري : « إذا احتلم اليتيم فقد خرج من اليُتم ، ووقع حقه في الفئ » (٦) .

١٤٣٨٣ - وعن عليٍّ بن أبي طالب ﷺ قال : « حفظت عن رسول اللّٰه ﷺ لا وصال ولا رضاع بعد فصال (٧) ، ولا يُتم بعد الاحتلام ، ولا صمت يوم إلى الليل ، ولا طلاق إلا بعد نكاح ، ولا عتق إلا بعد ملك » (٨) .

١٤٣٨٤ - فهذا اختلاف بعد (٩) الصحابة على إبطال قولهم في خمس عشرة (١٠) ، لأن منهم من اعتبر الاحتلام ، ومنهم من اعتبر الإنبات ، ولم يقل أحد منهم باعتبار السن (١١) الذي ذكره الشافعي .

---

(١) أخرجه الطحاوي « كتاب السير » ، « باب بلوغ الصبي بدون الاحتلام » (١٢٦/٣) ، (٢١٧/٣) .

(٢) أخرجه الطحاوي بهذا المعنى « كتاب السير » باب بلوغ الصبي بدون الاحتلام (٢١٦/٣) .

(٣) في (م) ، (ع) : [لقول] .

(٤) في جميع النسخ : [فالا] مكان : [فكيف] ، لعل الصواب ما أثبتناه ، وفي (ع) : [يترك] ، مكان : [ينكر] .

(٥) أخرجه الحاكم مطولاً ، في المستدرك [كتاب الحدود] ، في [ذكر من رفع عنهم القلم] (٣٨٩٩/٤) ، كما تقدم تخريجه .

(٦) أخرجه البيهقي في الكبرى « كتاب السير » ، « باب العبيد والنساء والصبيان يحضرون الوقعة » (٥٣/٩) .

(٧) في صلب (ص) : [فطام] ، والمثبت من (م) ، (ع) ، ومن هامش (ص) ومن نسخة أخرى .

(٨) في سائر النسخ : [ولا صمت] ، لعل الصواب : [ولا صوم] . وهذا الحديث أخرجه أبو داود مختصرًا في السنن « كتاب الوصايا » ، « باب ماجاء متى ينقطع اليُتم » (١١٤/٢) ، وابن حزم « كتاب الحجر » (١٦٣/٧) ، المسألة (١٣٩٤) .

(٩) في (م) ، (ع) : [خلاف] ، وفي سائر النسخ : [بعد] ، لعل الصواب : [بين] ، لأن المعنى لا يستقيم ب : [بعد] .

(١٠) في (ص) : [خمسة عشر] .

(١١) في (م) ، (ع) : [الشيء] ، مكان : [السن] .


مسألة ٧١٩

الوقت الذي يدفع فيه المال إلى الغلام

١٤٣٨٥ - قال أصحابنا : إذا بلغ الغلام [1] عاقلًا مصلحًا لماله فاسقًا ؛ دفع إليه ماله [2] .

١٤٣٨٦ - وقال الشافعي : إذا بلغ مصلحًا لدينه وماله غير مرتكب لمعصية تمنع [3] شهادته ، دفع إليه ماله ، وإن كان مرتكبًا المعصية تقدح في شهادته ، لم يدفع إليه ماله [4] .

١٤٣٨٧ - لنا : قوله تعالى : ﴿ وَٱبۡتَلُواْ ٱلۡيَتَٰمَىٰ حَتَّىٰٓ إِذَا بَلَغُواْ ٱلنِّكَاحَ فَإِنۡ ءَانَسۡتُم مِّنۡهُمۡ رُشۡدٗا فَٱدۡفَعُوٓاْ إِلَيۡهِمۡ أَمۡوَٰلَهُمۡۖ ﴾ [5] ، فذكر « رشدًا » واحدًا ، لأنه نكرة في الإثبات ، فظاهره يقتضي : أنه إذا كان رشيدًا في عقله وماله جاز دفعه إليه .

١٤٣٨٨ - فإن قيل : أجمعوا على أنه لم يُرِدْ [6] رشدًا واحدًا ؛ لأنه إذا بلغ مسلمًا فقد وجد رشد واحد ، ولم يدفع إليه المال .

---

(١) لفظ : [الغلام] ساقط من (م) ، (ع) .

(٢) راجع تفصيل المسألة في : مختصر الطحاوي « كتاب الحجر » (٩٧ ، ٩٨) ، أحكام القرآن للجصاص « باب دفع المال إلى اليتيم » (٦٣/٢) ، روضة القضاة « كتاب الحجر » ، « حالة الفساد مع حفظ المال » (٤٤٢/١) ، المسألة (٢٥٦٤) فتح القدير مع الهداية ، وبذيله العناية « باب الحجر للفساد » (٢٦٨/٩) ، البناية مع الهداية « باب الحجر للفساد » (١٢٣/١٠ ، ١٢٤) ، مجمع الأنهر مع ملتقى الأبحر « كتاب الحجر » (٤٢٥/٢) ، حاشية ابن عابدين « كتاب الحجر » (٩٨/٥) .

(٣) في (م) : [يمتنع] .

(٤) راجع تفصيل المسألة في : الأم ، في « بلوغ الرشد وهو الحجر » (٢١٥/٣) ، مختصر المزني « كتاب الوكالة » ص١١٠ ، المهذب مع المجموع « باب الحجر » (٣٦٦/١٣ - ٣٦٨) ، حلية العلماء « باب الحجر» (٥٣٣/٤ ، ٥٣٤) ، نهاية المحتاج [باب الحجر] (٢٦٥/٤) ، أحكام القرآن لابن العربي ، في « سورة النساء » (٣٢٢/١) ، الجامع لأحكام القرآن للقرطبي ، سورة النساء (٣٧/٥ ، ٣٨) ، الكافي لابن عبد البر « باب الحجر » (٨٣٣/٢) ، بداية المجتهد « كتاب الحجر » ، « الباب الثاني » (٣٠٥/٢) ، الإفصاح « باب الحجر » (٣٧٦/١) ، المغني « كتاب الحجر » (٥١٦/٤ ، ٥١٧) ، الكافي لابن قدامة « باب الحجر» (١٩٤/٢ ، ١٩٥) .

(٥) سورة النساء : الآية ٦ .

(٦) في (ص) : [لم يردا] .

١٤٣٨٩ - قلنا : لا يقتضي الظاهر إلا رشدًا واحدًا ؛ لأن الآية خوطب بها [١] المسلمون في أبنائهم ، فعلم أن المراد بالرشد معنى زائد على الإسلام ، أو على ضم الإسلام إليه لوجب [٢] أن يثبت جنس الرشد ، أو لأثبتنا [٣] رشدًا واحدًا مع الرشد الذي هو الإسلام .

١٤٣٩٠ - قالوا : روي عن ابن عباس ﷺ في قوله تعالى [٤] : ﴿ فَإِنْ ءَانَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْدًا ﴾ ، قال : « إذا أدرك اليتيم بحلم وعقل ووقار » [٥] .

١٤٣٩١ - وقال الحسن البصري : « صلاحًا في دينه وحفظًا لماله » .

١٤٣٩٢ - قلنا [٦] : روي عن ابن عباس ﷺ أنه قال في الرشد : « الصلاح في العقل وحفظ المال » [٧] ، وقال النخعي ، ومجاهد : « العقل » [٨] .

١٤٣٩٣ - وما رووه عن ابن عباس ﷺ : « إذا أدرك بحلم ووقار » ، فلا يدل على صلاح الدين ؛ لأن الحليم [٩] الوقور قد يرتكب المعصية ، فقول ابن عباس دلالة لنا .

١٤٣٩٤ - وما ذكروه عن الحسن يقابل بقول [١٠] النخعي ، وبقي لنا الظاهر الذي بيناه .

١٤٣٩٥ - ولأنه مصلح لماله ؛ فوجب أن لا يمنع من ملكه ، أصله : إذا كان رشيدًا في دينه [١١] .

---

(١) في جميع النسخ : « إلا أن الآية » ، مكان : « لأن الآية » ، والصواب ما أثبتناه ، وفي (ص) ، (م) : [به] ، مكان [بها] .

(٢) في (م) ، (ع) : [لم وجب] ، مكان : [لوجب] .

(٣) في : [أو لا انسًا] ، وفي (م) : [وإلا أنها] ، وفي (ع) : [وزإلا أثبت] ، لعل الصواب ما أثبتناه .

(٤) في جميع النسخ : [أنه قال] ، مكان : [في قوله تعالى] ، المثبت من أحكام القرآن للجصاص .

(٥) أورده الجصاص بهذا اللفظ ، في أحكام القرآن [باب دفع المال إلى اليتيم] (٦٣/٢) ، وابن حزم نحوه ، في المحلى « كتاب الحجر » (١٤٩/٧) ، المسألة (١٣٩٤) .

(٦) أخرجه البيهقي في الكبرى « كتاب الحجر » ، « باب الرشد هو الصلاح في الدين وإصلاح المال » (٥٩/٦) ، والقرطبي في الجامع لأحكام القرآن (٣٧/٥) ، وفي سائر النسخ ، [لما] ، مكان : [قلنا] ، وهو أوفق للمعنى .

(٧) في (ص) ، (م) : [والصلاح] بالواو ، هكذا ذكره الجصاص في الباب السابق (٦٣/٢) ، والقرطبي في نفس المصدر السابق .

(٨) أخرجه ابن حزم في المحلى بالآثار « كتاب الحجر » (١٥٢/٧) ، المسألة (١٣٩٤) .

(٩) في (ص) : [الحكيم] ، مكان المثبت ، والحكيم : نقيض السفيه .

(١٠) قوله : [بقول] ساقط من صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش .

(١١) في (م) ، (ع) : [ماله] ، مكان المثبت .

١٤٣٩٦ - ولأن من لزمته العبادات لا يمنع ملكه منه لدينه ، كالكافر .

١٤٣٩٧ - ولا يلزمه : المرتد أنه يمنع ماله منه ، لأنه [1] لا يملك ما في يده .

١٤٣٩٨ - فإن قيل : الكافر تثبت له الولاية على ولده ، والفاسق لا تثبت له الولاية على ولده .

١٤٣٩٩ - قلنا : تصرفه في ماله لا يعتبر بولايته على غيره . ألا ترى : أن الفاسق يزوج نفسه عندهم ولا يزوج بنته ، وعندنا يلي في مال نفسه ، ولا يلي في مال ولده .

ولأنه نوع [2] فسق ؛ فلا يمنع من دفع ماله إليه ، كالكفر [3] .

١٤٤٠٠ - احتجوا : بقوله تعالى : ﴿ وَلَا تُؤْتُوا۟ ٱلسُّفَهَآءَ أَمْوَٰلَكُمُ ﴾ [4] ، والفاسق سفيه ، فوجب أن لا يجوز دفع ماله إليه .

١٤٤٠١ - الجواب [5] : أن ظاهر الآية منعنا من دفع مالنا إلى السفهاء ، هذا حقيقة اللفظ .

وقوله تعالى : ﴿ ٱلَّتِى جَعَلَ ٱللَّهُ لَكُمْ قِيَٰمًا ﴾ [6] ، يعني : معاشًا ، وقد فسر الآية على ذلك ابن عباس ﷺ ، فقال : « لا يقسم الرجل ماله بين ولده وعياله ، ويصير عيالًا عليهم وهم عياله ، والمرأة أسفه السفهاء » [7] .

وروى الشعبي ، عن أبي بردة ، عن أبي موسى قال : « ثلاثة يدعون اللّه فلا يستجاب لهم : رجل له [8] امرأة سيئة الخلق فلا يطلق ، ورجل أعطى ماله سفيهًا ، وقد قال اللّه تعالى : ﴿ وَلَا تُؤْتُوا۟ ٱلسُّفَهَآءَ أَمْوَٰلَكُمُ ﴾ ، ورجل دائنٌ لرجل فلم يُشهد عليه » [9] .

وروي عن مجاهد : السفهاء النساء [10] ، فقد حمل الآية على حقيقتها صحابيان .

---

(١) في (م) ، (ع) : [ولأنه] بالواو .
(٢) في (ص) : [ولا نوع] ، مكان المثبت .
(٣) في (ص) : [كالكفرة] .
(٤) سورة النساء ، الآية (٥) .
(٥) في (م) ، (ع) : [والجواب] .
(٦) نفس الآية السابقة .
(٧) أثر ابن عباس ﷺ : أورده الجصاص في أحكام القرآن [باب دفع المال إلى السفهاء] (٢/ ٦٠) .
(٨) قوله : [رجل له] ساقط من (ع) .
(٩) هكذا ذكره الجصاص ، دون أن ينسب إلى أحد ، في المصدر السابق .
(١٠) قول مجاهد : ذكره الجصاص بهذا اللفظ في نفس المصدر السابق ، والقرطبي في الجامع لأحكام القرآن ، في [سورة النساء] (٥/ ٢٨) . وأخرج ابن حزم من طريق ابن نجيح ، عن مجاهد في قوله تعالى : ﴿ وَلَا تُؤْتُوا۟ ٱلسُّفَهَآءَ أَمْوَٰلَكُمُ ٱلَّتِى جَعَلَ ٱللَّهُ لَكُمْ قِيَٰمًا ﴾ بلفظ : نُهي الرجال أن يعطوا النساء أموالهم ، والسفهاء : من كن أزواجًا ، أو أمهات ، أو بنات ، في المحلى « كتاب الحجر » (٧/ ١٥٣) ، المسألة (١٣٩٤) .

وروي عن سعيد بن جبير ، أن المراد : « ولا تؤتوا السفهاء أموالهم » (١) ، فأضافها إليهم ، كما قال الله تعالى : ﴿ وَلَا تَقْتُلُوٓاْ أَنفُسَكُمْ ﴾ (٢) ، أي لا يقتل بعضكم بعضًا (٣) إلا أن التابعي لا يقابل قول الصحابة ، لاسيما إذا حملوا اللفظ على الحقيقة .

١٤٤٠٢ – فإن قيل : لو كان المراد به أموالنا لم يكن لتخصيص السفهاء معنى ، لأنه لا يجوز لنا دفع أموالنا إلى السفهاء حتى نصير عيالًا عليهم ، ولا إلى غير السفهاء .

١٤٤٠٣ – قلنا : تخصيص المذكور بالحكم لايلزم أن يكون (٤) له فائدة أكثر من علم الله تعالى أن الصلاح في بيانه دون غيره .

١٤٤٠٤ – على أن له فائدة ؛ لأنه منع من قسمة المال على السفهاء ، النساء والصبيان ، ويجوز أن يقسم المال على الرجال العقلاء المصلحين وإن صار عيالًا عليهم ؛ لأنه يسومهم (٥) ويسكن إلى قيامهم به ، يبين (٦) ذلك : أنه تعالى قال : ﴿ وَقُولُواْ لَهُمْ قَوْلًا مَّعْرُوفًا ﴾ (٧) ، وهذا يجوز أن يقال في النساء والصبيان ، ولا يقال في الفساق ؛ لأنه يجب أن يغلظ على الفاسق ويزجره ويتوعده ، فعلم أن المراد بالآية من ذكرنا : وأنه لا يجوز حملها على الفساق .

١٤٤٠٥ – قالوا : الفسق له تأثير في المنع من مال الغير ، ولايتهم في مال نفسه ، لهذا جوز له مخالفنا أن يزوج ابنته ، والمعنى في المجنون : أنه لا يقف على مصالح ماله ، فلم يجز تسليمه إليه ، والفاسق يقف على مصالح المال ، كالعدل .

١٤٤٠٦ – وتبطل هذه العلة (٨) باختلاف الدين ، لأنه لا يمنع (٩) من التصرف في مال الغير ، ولا يمنع مال نفسه .

١٤٤٠٧ – قالوا : ضبط الفاسق للمال وحفظه له (١٠) غير موثوق به ؛ لأن الفاسق

---

(١) في سائر النسخ : [أموالكم] ، والتصحيح من أحكام القرآن للجصاص .

(٢) سورة النساء : الآية ٢٩ .

(٣) قول سعيد بن جبير : ذكره الجصاص في أحكام القرآن ، الباب السابق (٦٠/٢) .

(٤) في (ع) : [أن تكون] .

(٥) سام فلانًا الأمر يسم سومًا : كلفه إياه وألزمه به . راجع : لسان العرب ، مادة : [سوم] (٢١٥٨/٣) ، المعجم الوسيط (٤٦٨/١) .

(٦) في (م) ، (ع) : [تبين] . (٧) سورة النساء : الآية ٥ .

(٨) قوله : [هذه العلة] ساقط من صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش .

(٩) في (م) ، (ع) : [يمنع] بدون [لا] .

(١٠) الزيادة : من (ع) ، وفي (م) : : [إياه] ، مكان : [له] .

يتبع الشهوة [١] فلا يؤمن أن تعرض له شهوة يفسد ماله فيها ، فكان بمنزلة المبذر .

١٤٤٠٨ – قلنا : إن كان يقف على مصالح [٢] ماله ويتمكن من حفظه لم يجز منعه منه لجواز أن تظهر عليه الشهوات ، كما أن العدل يدفع إليه المال وإن جاز أن يطرأ عليه الفسق والسفه ، ولهذا لا يحجر على السفيه عندنا ، لأنه عارف مصالح [٣] المال ، فإذا لم يستعملها ، فهو المسقط لحق [٤] نفسه .

* * *

(١) في (م) ، (ع) : [للشهوة] .

(٢) في (ص) : [صلاح] .

(٣) في (م) ، (ع) : [لمصالح] :

(٤) في (م) ، (ع) : [عن] ، مكان : [لحق] .



مسألة ٧٢٠

دفع المال لمن بلغ غير رشيد

١٤٤٠٩ - قال أبو حنيفة : إذا بلغ غير رشيد [(١)] جاز تصرفه في ماله ، ولا يدفع إليه حتى يبلغ خمسًا وعشرين سنة [(٢)] .

١٤٤١٠ - وقال الشافعي : لا يجوز تصرفه [(٣)] .

١٤٤١١ - لنا : أن من جاز تصرفه إذا كان رشيدًا جاز وإن كان مفسدًا لماله . أصله : إذا طرأ السفه ولم يحجر الحاكم .

١٤٤١٢ - ولأن من توجه [(٤)] عليه الخطاب ببلوغه استفاد التصرف فيما يملكه بالبلوغ .

١٤٤١٣ - ولأن من وجبت الزكاة في ماله جاز تصرفه فيه ، كالرشيد .

١٤٤١٤ - [ولأنه مكلف تصرف في ماله الذي ليس لأحد فيه حق فنفذ تصرفه فيه كالرشيد] [(٥)] .

١٤٤١٥ - احتجوا : بقوله تعالى : ﴿ فَإِنْ ءَانَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْدًا فَٱدْفَعُوٓاْ إِلَيْهِمْ أَمْوَٰلَهُمْ ﴾ [(٦)] .

١٤٤١٦ - الجواب [(٧)] : أن الحكم المعلق بشرط لا يدل على نفي ما عداه .

---

(١) في (ع) : [راشد] .

(٢) راجع المسألة في : أحكام القرآن للجصاص [باب اختلاف فقهاء الأمصار في الحجر على السفيه] (٤٨٩/١) ، بدائع الصنائع « كتاب الحجر والحبس » (١٧١/٧) ، فتح القدير مع الهداية ، وبذيله العناية « باب الحجر للفساد » (٢٦١/٩ ، ٢٦٢) ، البناية مع الهداية « باب الحجر للفساد » (١٠٨/١٠ ، ١٠٩) ، مجمع الأنهر « كتاب الحجر » (٤٢٢/٢ ، ٤٣٢) ، حاشية ابن عابدين مع الدر المختار « كتاب الحجر » (٩٧/٥ ، ٩٨) .

(٣) راجع المسألة في : المهذب « باب الحجر » (٣٣٢/١) ، حلية العلماء « باب الحجر » (٥٣٥/٤ ، ٥٣٦) ، نهاية المحتاج « باب الحجر » (٣٦٥/٤) ، أحكام القرآن لابن العربي ، في « سورة النساء » (٣٢٢/١) ، الجامع لأحكام القرآن ، في « سورة النساء » (٣٠/٥ ، ٣١) ، الإفصاح « باب الحجر » (٣٧٧/١) ، المغني « كتاب الحجر » (٥٠٨/٤) ، الكافي لابن قدامة « باب الحجر » (١٩٧/٢) .

(٤) في (م) ، (ع) : [يوجب] ، مكان : [توجه] .

(٥) ما بين المعكوفتين : ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في هامش (ص) ، ويبدو أن كلمة ما سقطت بعد قوله : [لا لأحد فيه] ، لعلها : [حق] ، أو [تصرف] .

(٦) سورة النساء : الآية ٦ .

(٧) في (م) ، (ع) : [والجواب] .

ثم لو قلنا به لم يدل ؛ لأنه يقتضي منع الدفع إليه ، وعندنا لا يدفع إليه لكن تصرفه نافذ فيه .

١٤٤١٧ - قالوا : من لا يدفع إليه ماله لعدم رشده ؛ وجب أن لا يصح تصرفه ، كالمجنون ، والصبي [1] .

١٤٤١٨ - قلنا : المجنون والصبي لا يقع طلاقهما ، ولا يصح إقرارهما بالحدود والقصاص ، فلم ينفذ تصرفهما ، والبالغ العاقل بخلاف ذلك .

١٤٤١٩ - قالوا : منع المال منه مع جواز تصرفه لا فائدة فيه [2] .

١٤٤٢٠ - قلنا : غلط ، لأن الإنسان يتمكن من إتلاف مال [3] نفسه إذا كان في يده ما لا يتمكن منه إذا كان في يد غيره ، وهذا فائدته في المنع ليست بحجر ، كما أن من رأيناه يلقي ماله في البحر لغير غرض خلينا بينه وبين ذلك ولم يحجر عليه [4] ، فإن تصرف جاز تصرفه في ماله ، يبين [5] ذلك : أنا إذا لم نسلم المال إليه لم يتمكن من هبته وإنفاقه ولا بيعه ، لأن الناس لا يرغبون في الشراء منه .

* * *

---

(١) في (ع) : [كالصبي والمجنون] بالتقديم والتأخير .

(٢) الزيادة : أثبتناها لمقتضى السياق .

(٣) لفظ : [مال] ساقط من (م) ، (ع) .

(٤) قوله : [ولم يحجر عليه] ساقط من (ع) .

(٥) في (م) ، (ع) : [تبين] .

مسألة ٧٢١

دفع المال إذا بلغ غير رشيد وتمت له خمس وعشرون سنة

١٤٤٢١ - قال أبو حنيفة : إذا بلغ غير رشيد دفع ماله إليه ، إذا تمت له خمس وعشرون سنة (١) .

١٤٤٢٢ - وقال الشافعي : لا يدفع إليه ماله أبدًا (٢) .

١٤٤٢٣ - لنا : قوله تعالى : ﴿ وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ حَتَّى يَبْلُغَ أَشُدَّهُ ﴾ (٣) . وقد روي عن عمر بن الخطاب ﷺ أنه قال : « بلوغ الأَشُد خمس وعشرون سنة » ، وهذا يعلم من طريق التوقيف .

١٤٤٢٤ - ولأنه يصلح أن يكون جدًّا (٤) ، [ومن صار جدًّا] (٥) فقد بلغ أشده .

١٤٤٢٥ - ولأنه مميز ؛ فلا يجوز منع ماله منه بعد خمس وعشرين سنة ، كالرشيد .

١٤٤٢٦ - فإن قيل : لا تأثير لذكر السن .

١٤٤٢٧ - قلنا : هو في الحكم ، فلا يطالب بتأثيره (٦) ، وإن كان في الوصف أثر في المراهق .

١٤٤٢٨ - ولأن ما اعتبر فيه الاحتلام جاز أن يتعلق بالسن ، كوجوب العبادات .

---

(١) راجع المسألة في : مختصر الطحاوي « كتاب الحجر » ص٩٧ ، أحكام القرآن للجصاص (٤٩٨/١) ، (٢٤/٣ ، ٢٥) روضة القضاة « كتاب الحجر » ، في « من يحجر عليه عند أبي حنيفة » (٤٣٩/١) ، المسألة (٢٥٣٣ - ٢٥٣٥) ، بدائع الصنائع « كتاب الحجر » ، « فصل : في بيان حكم الحجر » (١٧٠/٧) ، فتح القدير مع الهداية وبذيله العناية ، الباب السابق (٢٦١/٩ - ٢٦٣) ، البناية مع الهداية ، الباب السابق (١٠٨/١٠ - ١١٠) ، مجمع الأنهر « كتاب الحجر » (٤٢٢/٢ ، ٤٢٣) ، حاشية ابن عابدين مع الدر المختار (٩٧/٥ ، ٩٨) .

(٢) راجع المسألة في : الأم « باب الحجر على البالغين » (٢١٨/٣) ، المهذب مع تكملة المجموع الثانية « باب الحجر » (٢٦٦/١٣ ، ٢٦٨ ، ٢٦٩) ، نهاية المحتاج « باب الحجر » (٣٦٥/٤) ، أحكام القرآن لابن العربي في « سورة النساء » (٣٢/١ ، ٣٢٣) ، الجامع لأحكام القرآن ، في « سورة النساء » (٣٨/٥) ، الإفصاح « باب الحجر » (٣٧٧/١) ، المغني « كتاب الحجر » (٥٠٦/٤ - ٥٠٨) ، الكافي لابن قدامة « باب الحجر » (١٩٦/٢) .

(٣) سورة الأنعام : الآية ١٥٢ ، وسورة الإسراء : الآية ٣٤ .

(٤) في (م) ، (ع) : [صار جدًّا] ، بزيادة : [صار] .

(٥) ما بين المعكوفتين : ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش .

(٦) في (م) ، (ع) : [بتأثره] .

ولا عبرة بالبلوغ [(١)] فاختص بحكم [(٢)] من الأحكام ، كالعشر [(٣)] الأول يختص بالأمر بالصلاة والصوم .

١٤٤٢٩ – ولأنه قد ثبت من أصولنا أن السفه لا يوجب الحجر ، وإنما يمنعه من ماله عقيب البلوغ انتظارًا [(٤)] لصلاحه ، لأنه قد يبلغ وهو [على] أخلاق [(٥)] الصبيان ، ثم ينتقل [(٦)] عن ذلك ، فإذا بلغ هذا السن فقد [(٧)] أيس من صلاحه ، فلو منع منه المال كان حجرًا عليه ، والحجر عندنا لا يجوز [(٨)] على البالغ العاقل .

١٤٤٣٠ – احتجوا : بقوله تعالى : ﴿ فَإِنْ ءَانَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْدًا فَٱدْفَعُوٓا۟ إِلَيْهِمْ أَمْوَٰلَهُمْ ﴾ ، والفاء [(٩)] للتعقيب ، فاقتضى دليل الشرط أن المال لا يدفع إليه عقيب البلوغ إذا لم يؤنس رشده .

١٤٤٣١ – وكذلك نقول : وهل يدفع إليه بعد ذلك الحال ، موقوف على الدليل .

١٤٤٣٢ – قالوا : لأنه غير مصلح للمال [(١٠)] ، فوجب أن يمنع ماله منه ، كما قبل خمس وعشرين سنة [(١١)] .

١٤٤٣٣ – [قلنا : ما قبل ذلك صلاحه منتظر ، فكان في المنع فائدة لجواز أن يصلح ، وبعد الخمس والعشرين] لا ينتظر [(١٢)] الصلاح في الغالب ، فلم يكن في المنع إلا الحجر عليه ، والحجر على العاقل البالغ لا يجوز ؛ لأن من بلغ غير ... [(١٣)] مأمون على نفسه ضمه الولي إليه ، فإذا كبر ضمه إلى نفسه ، كذلك المال مثله .

* * *

---

(١) في (ص) : [ولا يزيل البلوغ] ، مكان المثبت .

(٢) في (م) ، (ع) : [حكم] بدون الباء .

(٣) في (م) : [كالمفسر] ، وفي (ع) : [كالغشر] بالغين المعجمة .

(٤) في (م) ، (ع) : [انتظامًا] .

(٥) الزيادة : من (م) ، (ع) ، وفي (م) ، (ع) : [اختلاف] ، مكان : [أخلاق] .

(٦) في (م) ، (ع) : [ينقل] .

(٧) في (م) (ن) (ع) : [بعد] .

(٨) قوله : [عليه] ساقط من (م) ، (ع) ، و [لا يجوز عندنا] بالتقديم والتأخير .

(٩) سورة النساء : الآية ٦ ، وقوله : [فادفعوا إليهم أموالهم] غير موجود بـ (م) ، (ع) ، وفي ع : [والتاء] ، مكان : [والفاء] .

(١٠) في (ص) : [لمال] .

(١١) لفظ : [سنة] ساقط من (م) ، (ع) .

(١٢) ما بين المعكوفتين : ساقط من (م) ، (ع) ، وفي (م) ، (ع) : [لا ينظر] .

(١٣) في (ص) مكان النقط بياض ، إلا أن المعنى مستقيم .

مسألة ٧٢٢

الحجر عليه بعد بلوغه رشيدًا وطروء السفه والتبذير عليه

١٤٤٣٤ - قال أبو حنيفة : إذا بلغ رشيدًا ، دفع إليه ماله [1] ، فإن طرأ عليه السفه والتبذير لم يحجر عليه [2] .

١٤٤٣٥ - وقال الشافعي : يحجر الحاكم عليه [3] ، وتصرفه قبل الحجر جائز [4] .

١٤٤٣٦ - لنا : قوله تعالى : ﴿ فَإِن كَانَ ٱلَّذِى عَلَيۡهِ ٱلۡحَقُّ سَفِيهًا أَوۡ ضَعِيفًا ﴾ [5] بعد ذكر [6] المداينة ، فأجاز مداينة السفيه ولم يفصل .

١٤٤٣٧ - يدل عليه ما رُوِيَ : « أن حبان بن منقذ أصابته آمَّةٌ [7] في رأسه وأثرت في عينيه ، فكان يغبن في البيع ، فجاء أهله إلى رسول ﷺ ، فقالوا : احجر عليه ، فقال له رسول اللّٰه ﷺ : لا تبع ، فقال : لا أصبر عن البيع ، فقال : إذا بعت فقل : لا خلابة ، ولك الخيار ثلاثًا » [8] ، فلو كان الحجر واجبًا للسفيه لم يمنع ﷺ منه ، لأنه

---

(١) في (ع) : [ودفع] بزيادة الواو ، وفي (م) ، (ع) : [ماله إليه] بالتقديم والتأخير .

(٢) راجع تفصيل المسألة في : مختصر الطحاوي « كتاب الحجر » ص٩٧ ، أحكام القرآن للجصاص ، في « ذكر اختلاف فقهاء الأمصار في الحجر على السفيه » (٤٩٨/١ - ٤٩٣) ، فتح القدير مع الهداية ، وبذيله العناية الباب السابق (٢٦٣/٩) ، البناية مع الهداية (١١٠/١٠) ، مجمع الأنهر « كتاب الحجر » (٤٢٢/٢) ، حاشية ابن عابدين مع الدر المختار « كتاب الحجر » (٩٥/٥ ، ٩٦) ، روضة القضاة « كتاب الحجر » ، في « الحجر بطروء السفه » (٤٢٢/١) ، المسألة (٢٥٥٩) .

(٣) لفظ : [عليه] ساقط من (ع) .

(٤) راجع تفصيل المسألة في : الأم (٢١٨/٣ ، ٢١٩) ، المهذب مع تكملة المجموع الثانية « باب الحجر » (٣٧٤/٣ ، ٣٧٧ - ٣٧٩) ، حلية العلماء ، الباب السابق (٥٣٨/٤ ، ٥٣٩) ، نهاية المحتاج ، الباب السابق (٣٦٥/٤) ، أحكام القرآن لابن العربي ، في « سورة النساء » (٣٢٣/١) ، الجامع لأحكام القرآن ، في « سورة النساء » (٣٩/٥ ، ٤٠) ، بداية المجتهد « كتاب الحجر » ، « الباب الأول في أصناف المحجورين » (٣٠٢/٢ ، ٣٠٣) ، الكافي لابن عبد البر « باب الحجر » (٨٣٣/٢) ، الإفصاح « باب الحجر » (٣٧٦/١ ، ٣٧٧) ، المغني « كتاب الحجر » (٥١٨/٤ ، ٥١٩) ، الكافي لابن قدامة « باب الحجر » (١٩٦/٢) .

(٥) سورة البقرة : الآية ٢٨٢ .

(٦) لفظ : [ذكر] ساقط من (م) ، (ع) .

(٧) آمّة : بالمد هي الشجة التي تبلغ أمَّ الدماغ حتى يبقى بينها وبين الدماغ جلد رقيق . انظر : مختار الصحاح ص٢٦ .

(٨) أخرجه أبو داود في السنن « كتاب البيوع » ، « باب في الرجل يقول عند البيع : لا خلابة » (٢٧٧/٢) ، =

لا يصبر عن التصرف .

١٤٤٣٨ - فإن قيل : سؤالهم الحجر عليه يدل على أنهم عرفوا ذلك من الشرع .

١٤٤٣٩ - قلنا : قد عرفوا الحجر للمجنون ، فظنوا أن ما أصابه بلغ به حد الجنون الموجب للحجر .

١٤٤٤٠ - فإن قيل : إنما لم يحجر عليه لأنه لما [1] قال : « لا أصبر عن البيع » دلَّ على أنه يقصد التجارة ، ولا يقصد تضييع [2] المال .

١٤٤٤١ - قلنا : من قصد التجارة وهو غير عارف بها ، ويتلُف ماله فيها ، فيحجر[3] عليه وإن لم يقصد تضييع [4] المال [5] .

١٤٤٤٢ - قالوا : فَلِمَ [6] قال ﷺ : « لا تبع » ؟ .

١٤٤٤٣ - قلنا : إن المبذر نهاه الحاكم عن البيع طلبًا لمصلحة لا على وجه الحجر .

١٤٤٤٤ - ولأنه مكلف [7] ؛ فلا يحجر الحاكم عليه في ملكه ، كالمصلح .

١٤٤٤٥ - ولأنه لم يستفد [8] التصرف من جهة غيره ؛ فلا يجوز الحجر عليه في ماله ، كسائر الناس .

١٤٤٤٦ - ولأن من جاز إقراره فتصرفه في ماله ، كالمصلح .

١٤٤٤٧ - ولأنه إذا جاز تصرفه في نفسه وحرمة المال تابعة لحرمة النفس فجواز تصرفه في المال أولى .

١٤٤٤٨ - فإن قيل : العاقل [لا يُتهم في الإقرار بما يهلك نفسه ، ويُتهم في تضييع المال .

= والترمذي في السنن « كتاب البيوع » ، « باب ما جاء فيمن يخدع في البيع » (٥٤٣/٣) ، الحديث (١٢٥٠) ، والنسائي في السنن « كتاب البيوع » ، في « الخديعة في البيوع » (٢٥٢/٧) ، وابن ماجه في السنن « كتاب الأحكام » ، « باب الحجر على من يفسد ماله » (٧٨٨/٢) ، الحديث (٢٣٥٤) ، وأحمد في المسند (٢١٧/٣) .

(١) لفظ : [لما] ساقط من صلب (ص) ، واستدركه في الهامش .

(٢) في (م) ، (ع) : [يضيع] .

(٣) قوله : [يتلف ماله بها] ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) ، واستدركه في الهامش ، وفي (م) ، (ع) [فحجر] ، مكان : [فيحجر] . (٤) في (م) ، (ع) : [يضيع] .

(٥) قاعدة : « من قصد التجارة وهو غير عارف بها ، ويتلف ماله فيها فيحجر عليه وإن لم يقصد تضييع المال » .

(٦) لفظ [فلم] ساقط من (م) ، (ع) . (٧) في (م) ، (ع) : [تكلف] .

(٨) في (ص) : [يستفيد] ، مكان : [لم يستفد] .

١٤٤٤٩ - قلنا : إنما يتهم العاقل] [١] في صرف المال في الشهوات ، فأما أن يتهم في أن يقر بماله فيتلفه بغير عوض فلا . وإن [٢] جاز أن يقر في ماله بغير حق فيتلفه جاز أن يقر على نفسه بما لا أصل له فيتلفها .

١٤٤٥٠ - احتجوا : بقوله تعالى : ﴿ فَإِن كَانَ ٱلَّذِى عَلَيْهِ ٱلْحَقُّ سَفِيهًا أَوْ ضَعِيفًا أَوْ لَا يَسْتَطِيعُ أَن يُمِلَّ هُوَ فَلْيُمْلِلْ وَلِيُّهُۥ بِٱلْعَدْلِ ﴾ [٣] ، فأثبت للسفيه وليًّا ، فدلَّ على جواز الحجر عليه .

١٤٤٥١ - الجواب [٤] : أن اللّه تعالى قد ذكر في أول الآية : المداينةَ ، ثم ذكر السفيهَ المديونَ فدلَّ [٥] على جواز مداينته ، وهذا ينفي الحجر . وأما ذكر الولي فقد قيل : إن المراد به : ولي الدَّين ؛ لأن السفيه إذا عجز أن يمل أملى وليّ الدين لقدرته على الإملاء ، فإذا سمع السفيه فاعترف بما عليه لزمه [٦] ، ويحتمل : أن تكون الكناية [٧] راجعة إلى السفيه ، فأثبت عليه الولاية ، ويحتمل أن يكون المراد به : وليّ الدين ، وهو [٨] الذي تولى العقد بأمره .

١٤٤٥٢ - وإذا احتملت الولاية [٩] هذه الوجوه ، لم يكن ما ادَّعوه من أن المراد بها ولي [١٠] السفيه بأولى مما ذكرنا . بل ما قلنا [١١] أولى ؛ لأنه ذكر السفيه ، والضعيف ، ومن لا يستطيع الإملاء ، ثم ذكر الولاية ، ولا يجوز أن يكون المراد فيمن لا يقدر على الإملاء ولاية [١٢] الحجر ، فلم يبق [١٣] إلا أن يكون المراد بها ما ذكرناه ؛ يبين [١٤]

---

(١) ما بين المعكوفتين : ساقط من (م) ، (ع) .

(٢) في (م) ، (ع) : [فإن] .

(٣) سورة البقرة : الآية ٢٨٢ .

(٤) في (م) ، (ع) : [والجواب] بالعطف .

(٥) في (م) ، (ع) : [المديون السفيه يدل] ، مكان المثبت .

(٦) في (م) ، (ع) : [لزمته] .

(٧) في (ع) : [الكتابة] .

(٨) في (م) ، (ع) : [وهذا هو] ، بزيادة [هذا] .

(٩) في هامش (ص) : [الآية] ، مكان : [الولاية] من نسخة أخرى .

(١٠) لفظ : [أن] ساقط من صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش ، وقوله : [أن المراد] ساقط من (م) ، (ع) ، وفي (م) ، (ع) : [وأن] ، مكان : [ولى] .

(١١) في (م) ، (ع) : [ذكرناه بل ما قلناه] ، بزيادة الهاء في الموضعين .

(١٢) في (م) ، (ع) : [ولأنه] .

(١٣) الزيادة : من (م) ، (ع) .

(١٤) في (م) ، (ع) : [تبين] .

ذلك : أن السفيه يعبر (١) عن خفة العقل ، وعن السفه باللسان والتبذير (٢) والفساد ، فإذا حملنا الولاية على ما ذكرناه كان ذلك عامًّا في وجوه السفه كلها ، وإذا حملوه على ما قالوا خصوه (٣) بنوع من السفه دون بقية أنواعه ، وفيما ذكرناه ... (٤) أولى .

١٤٤٥٣ – ويبين (٥) ذلك : أن إقرار السفيه عليه لا يقبل إلا فيما وليه من العقود عندهم ، والآية تقتضي الإملاء بكل حال ، فإذا حملناها على ما قدمنا جوزنا الإقرار ولم نخصص ، فكان (٦) ذلك أولى من حمله على ما يؤدي إلى التخصيص .

١٤٤٥٤ – فإن قيل : ذكر اللَّه تعالى المدين الذي (٧) عليه الحق ووصفه ، فالكناية (٨) ترجع إليه لا إلى صفته .

١٤٤٥٥ – قلنا : قال الفراء : إن شئت (٩) جعلت الهاء راجعةً إلى الحق ، وإن شئت إلى المديون ، فدل ذلك على جواز الرجوع إلى كل واحد منهما .

١٤٤٥٦ – احتجوا : بما روي « أن عبد اللَّه بن جعفر ابتاع أرضًا بستين ألف درهم ، فغبن فيها ، فقال عليٌّ ﷺ : لآتِيَنّ (١٠) أمير المؤمنين عثمان ﷺ أن يحجر عليك ، فذكر ابن جعفر ذلك للزبير ، فقال : أنا شريك فيها ، فجاء عليٌّ (١١) ﷺ إلى عثمان ﷺ فذكر ذلك له ، فقال : كيف أحجر على رجل شريكه الزبير ؟ » (١٢) .

---

(١) في (م) : [يغير] ، وفي (ص) بدون نقط ، لعل الصواب ما أثبتناه .

(٢) في (ص) : [السفيه] ، مكان : [السفه] ، وفي (م) ، (ع) : [التدبير] ، مكان : [التبذير] .

(٣) في (م) ، (ع) : [ما قالوه خصوها] ، لعل الصواب : أن تكون العبارة هكذا : [وإذا حملوها على ما قالوه خصوها] .

(٤) في (م) ، (ع) : [فما ذكرناه] بدون الواو ، توجد عبارة في (م) بعد قوله [وفيما ذكرناه] إلا أنها غير مقروءة ، فلذلك نستطع أن نثبتها .

(٥) في (م) ، (ع) : [وتبين] ، غير أن الواو العاطفة ساقطة من (ع) .

(٦) في (م) ، (ع) : [فلم يخصص] ، مكان : [ولم نخصص] ، وفي (ع) : [كان] بدوب الفاء .

(٧) في (م) ، (ع) : [الدين] ، مكان : [المدين] ، ولفظ : [الذي] ساقط من (ع) .

(٨) في (ع) : [فالكتابة] .

(٩) لفظ : [شئت] ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) ، واستدركه المصنف في الهامش .

(١٠) في (م) ، (ع) : [لا تبين] وهو خطأ .   (١١) لفظ : [عليٌّ] ساقط من (ع) .

(١٢) أخرجه الشافعي بألفاظ متقاربة في المسند « كتاب البيوع » ، « الباب الثالث في الربا » (١٦٠/٢ ، ١٦١) الحديث (٥٥٦) ، وعبد الرزاق في المصنف « كتاب البيوع » ، « باب المفلس والمحجور عليه » (٢٦٧/٨ ، ٢٦٨) الحديث (١٥١٧٦) ، والدارقطني في السنن « كتاب في الأقضية والأحكام » (٢٣١/٤) ، الحديث (٩٦) ، والبيهقي في الكبرى « كتاب الحجر » ، « باب الحجر على البالغين بالسفه » (٦١/٦) .

١٤٤٥٧ - قالوا : وقال [1] ابن الزبير : « لئن لم تنته عائشة لأحجرن عليها » [2] .

١٤٤٥٨ - الجواب : أن توصل ابن جعفر إلى إسقاط الحجر يدل على أنه لا يرى [3] ذلك واجبًا ، وما عدَّه الزبير لَهُ يدل على أنه يراه جائزًا ؛ إذ لو كان حكمًا واجبًا لم يجز له التوصل إلى إسقاطه ، ولوجب أن يحجر عثمان على الزبير أيضًا ؛ لأنه تساوى [4] مع ابن جعفر في تضييع المال [5] .

١٤٤٥٩ - فإن قيل : إنما لم يحجر لأن الزبير كان مشهورًا بحفظ ماله وبمعرفة [6] التجارات ، فعلم أنه لم يغبن فيما شاركه فيه الزبير [7] .

١٤٤٦٠ - قلنا : روي أن عثمان ﷺ قال : « ما يسرني أن تكون لي هذه الأرض بنعلين » [8] .

فهذا يدل على أنه تحقق الغبن ، إلا أنه استعظم أن يحكم على مثل الزبير [9] بخلافه .

وأما [10] خبر عائشة ﷺ فقد روي : أنها حلفت أن لا تكلم ابن الزبير [11] ، وهذا إنكار منها لقوله ، ولو كان ما قاله حكمًا ثابتًا لم يجز أن [12] تنكره .

١٤٤٦١ - فإن قيل : إنما أنكرت أن يكون ما فعلته / موجب الحجر . ١٦٦/أ

---

(١) في (م) ، (ع) : [وقالوا قال] ، مكان المثبت .

(٢) أخرجه البخاري في الصحيح « كتاب الأدب » ، « باب الهجرة وقول الرسول ﷺ : لا يحل لرجل أن يهجر أخاه فوق ثلاث » (٦١/٤ ، ٦٢) ، وأحمد نحوه في المسند (٣٢٧/٤) ، وعبد الرزاق في المصنف « كتاب الأيمان والنذور » ، « باب لا نذر في معصية الله » (٤٤٤/٨ ، ٤٤٥) ، الحديث (١٥٨٥١) ، والبيهقي في الكبرى « كتاب الحجر » ، « باب الحجر على البالغين بالسفه » (٦ ، ٦١ ، ٦٢) .

(٣) في (م) ، (ع) : [لا عدى] ، مكان : [لا يرى] .

(٤) في (م) ، (ع) : [يساوي] .　　(٥) في (م) ، (ع) : [ماله] .

(٦) في (م) ، (ع) : [بمعرفة] بدون الواو .

(٧) في (ص) : [ابن الزبير] ، بزيادة : [ابن] ، وهو سهو .

(٨) أخرجه ابن حزم في المحلى بالآثار « كتاب الحجر » (١٤٧/٧) ، المسألة (١٣٩٤) ، وعزاه ابن حجر لأبي عبيد في كتاب الأموال ، في تلخيص الحبير « كتاب الحجر » (٤٣/٣ ، ٤٤) ، ضمن الحديث (١٢٤٥) .

(٩) في (م) ، (ن) ، (ع) : [ابن الزبير] .　(١٠) في (م) ، (ع) : [فأما] .

(١١) راجع تخريجه في هذه المسألة .

(١٢) لفظ : [أن] ساقط من صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش .

١٤٤٦٢ – قلنا : لو كان [١] كذلك ثبت ، فلما لم يبين دل على أن [٢] إنكارها انصرف إلى جميع الكلام .

١٤٤٦٣ – قالوا : قال الله تعالى : ﴿ إِنَّ ٱلْمُبَذِّرِينَ كَانُوٓا۟ إِخْوَٰنَ ٱلشَّيَٰطِينِ ﴾ [٣] ، ولم يمكن [٤] المنع من ذلك إلا بالحجر .

١٤٤٦٤ – قلنا : بل يمكن [٥] المنع منه بالنهي والإنكار ، كما يفعل في المعاصي .

١٤٤٦٥ – قالوا : روي أن النبي ﷺ قال : « إن الله كره لكم ثلاثًا : القيل والقال ، وكثرة السؤال ، وإضاعة المال » [٦] ، وبالحجر يتوصل [٧] إلى المنع من ذلك .

١٤٤٦٦ – قلنا : الخبر يقتضي النهي ، وكذلك نقول ، والقاضي يزجر [٨] عنها وينكر على فاعلها ، ولا يحجر عليهم فإنه [٩] منع الحجر بها .

١٤٤٦٧ – قالوا : لأنه معنى إذا قارن البلوغ منع دفع المال [١٠] إليه ، فإذا طرأ بعده [١١] أوجب انتزاعه من يده ، كالجنون .

١٤٤٦٨ – قلنا : يبطل بالشك في حاله ، هل هو رشيد أم لا ؟ ولو قارن البلوغ منع من تسليم المال ، ولو تجدد الشك لم ينزع ماله من يده .

١٤٤٦٩ – ولأن الجنون لما تعلق الحجر به لم يقف على حكم الحاكم ، ولما لم يثبت الحجر على المبذر من غير حكم [١٢] ، لم يثبت بالحكم [١٣] .

١٤٤٧٠ – قالوا : كل من كان في الحجر عليه نظر له ، صح أن يجب [١٤] الحجر عليه ، كالمراهق .

---

(١) الزيادة : من (م) ، (ع) .

(٢) لفظ : [أن] ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) ، واستدركه المصنف في الهامش .

(٣) سورة الإسراء : الآية ٢٧ .

(٤) في (م) ، (ع) : [ولم يكن] .

(٥) في (م) ، (ع) : [يمنع] ، مكان : [يمكن] .

(٦) تقدم تخريجه في المسألة (٦٩٦) .

(٧) في (م) ، (ع) : [والحجر يتوصل به] .

(٨) في (ع) : [والمعاصي] ، مكان : [والقاضي] ، وفي (م) : [والعاصي يرجو] ، مكان : [والقاضي يزجر] .

(٩) في سائر النسخ : [فإن] ، لعل الصواب : [وإن] .

(١٠) لفظ : [المال] ساقط من صلب (ص) ، واستدركه المصنف في الهامش .

(١١) في (ع) : [عليه] ، مكان : [بعده] .

(١٢) في (م) ، (ع) : [حاكم] .

(١٣) قاعدة : « لما لم يثبت الحجر على المبذر من غير حكم لم يثبت بالحكم » .

(١٤) في (م) ، (ع) : [أن يكون يجب] ، بزيادة : [يكون] .

١٤٤٧١ - قالوا : ولأن المراهق كالسفيه في تضييع المال ولا إثم عليه ، فلأن يحجر على من يبذر ويأثم أولى .

١٤٤٧٢ - قالوا : ولأن المراهق يحجر عليه خوف التأذي [١] ، فلأن يحجر بنفس التبذير أولى

١٤٤٧٣ - الجواب : أن المراهق لا يجوز تصرفه في نفسه فلا يجوز في ماله ، والمبذر يجوز تصرفه في نفسه حتى يجوز إقراره بالقصاص والحدود ، ولذلك [٢] يجوز تصرفه في ماله

١٤٤٧٤ - ولأن الغالب من أمر الصبيان أنهم يضيعون المال ولا يهتدون إلى المصالح ، فأجرى حكم الأغلب على الجميع ، فحجر على من لا يبذر [٣] منهم ، والغالب من حال البالغين أنهم يهتدون إلى حفظ المال ويحفظونه ، فالتبذير نادر فيهم ، فأجرى حكم الأغلب على النادر ولم يحجر عليه .

١٤٤٧٥ - قالوا : شهوات البالغ أعظم من شهوات المراهق ، فهو أشد لتضييعه ، فالحجر عليه أولى .

١٤٤٧٦ - قلنا : الأمر وإن كان كما ذكرتم إلا أن المراهق في الغالب لا يهتدي إلى المصالح فيحفظ ماله عليه ، والبالغ يهتدي إلى مصالحه ويقدر على حفظ ماله ، فإذا أحب أن يضيعه لم يحجر [٤] عليه ؛ ألا ترى : أن الصبي يولَّى عليه لحفظ ماله وإصلاحه ، لأن ماله لو كان محفوظًا بنفسه كالعقار ، فإن الحاكم يولي من يحفظه [٥] ويعمره ويستغله لعجزه [٦] عن القيام بذلك ، ثم البالغ الذي ليس بمبذر إذا لم يثمر ماله لم يلِ [٧] الحاكم من يثمر [٨] ماله ، لأنه قادر على ذلك بنفسه ، كذلك في الحفظ مثله .

* * *

(١) في (م) ، (ع) : [البادي] بدون لفظ .

(٢) في (م) ، (ع) : [وكذلك] .

(٣) في (م) ، (ع) : [لم يبذر] .

(٤) في (ع) : [فلا يحجر] .

(٥) في جميع النسخ : [لبيهه] بدون نقط ، لعل الصواب ما أثبتناه .

(٦) في (م) ، (ع) : [بعجزه] .

(٧) في (ص) ، (م) : [لم يلي] .

(٨) في (ع) : [تثمير] .



الحجر على الفاسق بعد طروء الفسق عليه

١٤٤٧٧ - قال أصحابنا : إذا طرأ الفسق لم يحجر على الفاسق (١) .

١٤٤٧٨ - قال المروزي : مذهب الشافعي : أنه لا يحجر عليه .

١٤٤٧٩ - وقال ابن سريج : إنه يحجر عليه (٢) .

١٤٤٨٠ - لنا : قوله تعالى : ﴿ وَٱلَّذِينَ يَرۡمُونَ ٱلۡمُحۡصَنَٰتِ ﴾ (٣) ، فأوجب الحد بالقذف ولم يوجب الحجر .

١٤٤٨١ - ولأن النبي ﷺ أقام الحدود ولم يحجر على محدود ، وكذلك الصحابة بعده ، فلو وجب الحجر بطريان الفسق لحجروا .

١٤٤٨٢ - ولأن كل معنى لا يوجب الحجر من غير حكم لا يوجب الحجر بحكم ، أصله : إذا أنفق من ماله في ملاذّه (٤) من غير معصية .

١٤٤٨٣ - احتجوا : بقوله تعالى : ﴿ فَإِن كَانَ ٱلَّذِي عَلَيۡهِ ٱلۡحَقُّ سَفِيهًا أَوۡ ضَعِيفًا ﴾ (٥) ، والفاسق سفيه .

١٤٤٨٤ - الجواب (٦) : ما بينا أن الآية اقتضت جواز مداينة السفيه بالولاية المذكورة ، فالآية محتملة فسقط التعلق بها .

١٤٤٨٥ - قالوا : كل معنى لو قارن البلوغ استديم الحجر عليه ، فإذا طرأ بعد زواله أعيد عليه ، كالمفسد لماله .

---

(١) راجع المسألة في : روضة القضاة « كتاب الحجر » ، « في هل يحجر بطروء الفسق » (٤٤٢/١) ، المسألة (٢٥٦٠ ، ٢٥٦١) ، فتح القدير مع الهداية ، وبذيله العناية « باب الحجر للفساد » (٢٦٨/٩) ، البناية مع الهداية « باب الحجر للفساد » (١٢٣/١٠ ، ١٢٤) ، مجمع الأنهر « كتاب الحجر » (٣٦٥/٢) .

(٢) راجع المسألة في : الأم « باب الحجر على البالغين » (٢١٩/٣) ، المهذب مع المجموع « باب الحجر » (٣٧٤/١٣ ، ٣٧٧) ، حلية العلماء « باب الحجر » (٥٣٩/٤ ، ٥٤٠) ، نهاية المحتاج « باب الحجر » (٣٦٥/٤) .

(٣) سورة النور : الآية ٤ .

(٤) في (م) ، (ع) : [بلاده] ، مكان : [ملاذه] .

(٥) سورة البقرة ، الآية (٢٨٢) .

(٦) في (م) ، (ع) : [والجواب] بالعطف .

١٤٤٨٦ - قلنا : هذا غير مسلَّم ، لأن الفسق لا يؤثر في الحج ، كما قدمنا [(١)] ، وإذا ثبت أن الفسق الطارئ لا يؤثر وهو إجماع قبل هذا القول .

١٤٤٨٧ - قلنا : كل معنى طارئ لا يوجب الحجر فأصله لا يوجبه ، أصله : إذا [(٢)] تعلق في الملاذِّ المباحة ، وعكسه : الجنون .

* * *

(١) في (م) ، (ع) : [على ما قدمنا] .

(٢) في (م) ، (ع) : [إلا] ، مكان : [إذا] .

مسألة ٧٢٤

أكل الوصي من مال اليتيم

١٤٤٨٨ - قال أصحابنا - : لا يجوز للوصي أن يأكل من مال اليتيم على طريق الأجر ولا القرض (١) .

١٤٤٨٩ - وقال الشافعي : إن كان غنيًا ؛ لم يجز له ، وإن كان فقيرًا ، ومتى تشاغل (٢) بحفظ مال اليتيم للنظر فيه انقطع عن الكسب الذي مادته منه ، كان له أن يأكل من مال اليتيم بقدر أجرة مثله قولًا واحدًا ، و (٣) فيما أكل على قولين ، أحدهما : لا ضمان عليه ، قالوا : وهو الأصح ، والثاني : عليه الضمان يؤديه إليه إذا وجد ، كالمضطر إلى طعام الغير (٤) .

١٤٤٩٠ - لنا : قوله تعالى : ﴿ وَلَا تَأْكُلُوٓا۟ أَمْوَٰلَهُمْ إِلَىٰٓ أَمْوَٰلِكُمْ ﴾ (٥) .

١٤٤٩١ - وقال : ﴿ وَأَن تَقُومُوا۟ لِلْيَتَٰمَىٰ بِٱلْقِسْطِ ﴾ (٦) .

١٤٤٩٢ - وقال : ﴿ فَإِنْ ءَانَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْدًا فَٱدْفَعُوٓا۟ إِلَيْهِمْ ﴾ (٧) .

١٤٤٩٣ - وقال الله تعالى : ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوا۟ لَا تَأْكُلُوٓا۟ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ ﴾ (٨) .

١٤٤٩٤ - ولأن من يجوز له أخذ الأجرة على مال الصبي مع الغناء لم يجز مع الفقر .

---

(١) راجع المسألة في : كتاب الآثار « باب المضاربة بالثلث والمضاربة بمال اليتيم ومخالطته » ص١٧١ ، الأثر (٧٧١) ، مختصر الطحاوي « كتاب الوصايا » ص١٦٣ ، أحكام القرآن للجصاص « باب أكل ولي اليتيم من ماله » (٦٤/٢ - ٦٨) ، حاشية ابن عابدين « باب الوصي » (٤٧٠/٥) .

(٢) في (م) : [يشاغل] .

(٣) الزيادة : من (م) ، (ع) .

(٤) راجع المسألة في : المهذب مع تكملة المجموع الثانية « باب الحجر » (٣٥٧/١٣ - ٣٥٩) ، حلية العلماء « باب الحجر » (٥٣٠/٤ ، ٥٣١) ، نهاية المحتاج « باب الحجر » (٤٧٠/٤) ، البيان والتحصيل « كتاب الوصايا الأول » (٤٥٦/١٢ ، ٤٥٧) ، المنتقى ، في « جامع ما جاء في الطعام والشراب » (٢٥٠/٧ ، ٢٥١) ، أحكام القرآن لابن العربي ، في [سورة النساء] (٣٢٤/١ - ٣٢٦) ، الجامع لأحكام القرآن للقرطبي ، في « سورة النساء » (٤١/٥ - ٤٤) ، الكافي « باب الحجر » (١٨٩/٢) .

(٥) سورة النساء : الآية ٢ .

(٦) سورة النساء : الآية ١٢٧ .

(٧) سورة النساء : الآية ٦ .

(٨) سورة النساء : الآية ٢٩ .

١٤٤٩٥ - ولأنه تصرف في [1] مال الصبي ، فلا يجوز له أخذ الأجرة ، كالغني .

١٤٤٩٦ - ولأنه لما قبل الوصية بغير عوض مشروط فقد تبرع بمنافعه عليه ، فلا يجوز أن يقومَها عليه ، كالمودَع .

١٤٤٩٧ - ولأنه يتصرف في مال بأمر ، كالوكيل .

١٤٤٩٨ - فإن قيل : المعنى في المودَع : أنه يمكن موافقة المالك على الأجرة ، والوصي يلي في مال [2] من لا يمكنه موافقته على الأجرة .

١٤٤٩٩ - ولأنه يقدر [3] أن يرفع أمره إلى الإمام حتى يفرض له أجرة أو يَسْتَبْدِل به [4] .

١٤٥٠٠ - احتجوا : بقوله تعالى : ﴿ وَمَن كَانَ غَنِيًّا فَلْيَسْتَعْفِفْ وَمَن كَانَ فَقِيرًا فَلْيَأْكُلْ بِٱلْمَعْرُوفِ ﴾ [5] .

١٤٥٠١ - قلنا : روي عن الضحاك : أنها منسوخة [6] ، وهي إحدى الروايتين عن ابن عباس ﷺ[7] ، وقد روي عن ابن عباس : « أنه يأكل منه ، ولا يكتسي » [8] .

فهذه الآية [9] محتملة للوجوه ، والآيات التي ذكرناها محكمة ، وقد أمر اللّٰه بحمل المتشابه على المحكم ورده إليه .

١٤٥٠٢ - قالوا : روى « أن أبا بكر ﷺ لما استُخْلف جمع [10] المهاجرين والأنصار وقال : إن خليفة رسول ﷺ ناظر في أموركم ، وقائم بأحوالكم ، وأنه من المسلمين بمنزلة ولي اليتيم فافرضوا له » [11] ، فهذا يدل على أن ولي اليتيم يفرض له ، وكذا نقول ، والخلاف أنه هل يجوز أن يأكل من غير فرض .

---

(١) في (م) ، (ع) : [إلى] ، مكان : [في] .

(٢) في (م) ، (ع) : [ماله] .

(٣) في (م) : [مقدار] .

(٤) في (م) ، (ع) : [يفرض أجرة أو يستدل به] ، بحذف : [له] .

(٥) سورة النساء ، الآية (٦) .

(٦) أخرجها الجصاص في أحكام القرآن « باب أكل ولي اليتيم من ماله » (٦٦/٢) .

(٧) أخرجها أيضا الجصاص في « باب أكل ولي اليتيم من ماله » (٦٦/٢) .

(٨) في (ص) : [ولا بحسي] بدون نقط ، وأثر ابن عباس ﷺ هذا : أورده الجصاص بلفظ : [الوصي إذا احتاج يده مع أيديهم ، ولا يكتسي عمامة] في أحكام القرآن ، [باب أكل ولي اليتيم من ماله] (٦٤/٢) .

(٩) في (م) ، (ع) : [آية] .

(١٠) في (م) ، (ع) : [جميع] .

(١١) لم نعثر على هذا الأثر بعد ، وقد أخرجه ابن سعد في الطبقات ، في [ذكر استخلاف عمر] ، القسم الأول (١٩٧/٣) .

١٤٥٠٣ - قالوا : يلي في مال من لا يمكنه موافقته على الأجرة [١] ، فكان له منه قدر أجرته ، كالعامل في الصدقات .

١٤٥٠٤ - قلنا : العامل لما لم يُمْنَع من أخذ الأجرة مع الغِنَي لم يُمْنَع مع الفقر ، ولما كان الوصي لا يجوز له أخذ الأجرة [مع الغني كذلك مع الفقر ، والأصول له على هذا : أن من جاز له أخذ الأجر] [٢] إذا كان فقيرا جاز له [٣] [إذا كان غنيًا ، [ومن لا يجوز له مع الغنى] [٤] ، كذلك لا يجوز له مع الفقر [٥] .

١٤٥٠٥ - فإن قيل : إذا جاز أن يعمل في ماله [٦] مضاربة ويستحق حقه من الربح ، جاز أن يستحق الأجر .

١٤٥٠٦ - قلنا [٧] : إذا عمل مضاربة بقدر ما يستحقه من الربح لم يملكه الصبي ، وإنما يحدث على ملك المضارب [٨] .

١٤٥٠٧ - ولهذا قالوا : إن المريض لو دفع مالاً مضاربة وشرط للمضارب تسعة أعشار الربح جاز ، وإن كان ذلك أكثر من أجرة المثل ، ولو كان مقدار نصيب [٩] المضارب مستحقًا من مال رب المال لم يجز إلا أجر المثل .

١٤٥٠٨ - ولأن المضارب لما جاز له عمل المضاربة استوى فيه الوصي ، والغني ، والفقير ، على مقتضى الأصول .

١٤٥٠٩ - فإن قيل : قد روي بشر بن الوليد [١٠] ، عن أبي يوسف : « أن الوصي

---

(١) في (م) ، (ع) : [مرابته على أجرته] ، مكان المثبت .

(٢) من قوله : [مع الغني كذلك] إلى قوله [أخذ الأجر] ساقط من (م) ، (ع) .

(٣) ما بين الأقواس : ساقط من صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش .

(٤) ما بين الأقواس : ساقط من صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش .

(٥) قاعدة : « من جاز له أخذ الأجر إذا كان فقيرًا جاز له إذا كان غنيًا ومن لا يجوز له مع الغنى كذلك لا يجوز له مع الفقر » .

(٦) في (م) ، (ع) : [بماله] .

(٧) لفظ : [قلنا] ساقط من (م) ، (ع) .

(٨) في (م) ، (ع) : [وإنما يحذف على ملك الضارب] .

(٩) في (م) ، (ع) : [نصيبه] .

(١٠) هو : بشر بن الوليد بن خالد الكندي القاضي : أحد أصحاب أبي يوسف ، روي عنه كتبه وأماليه ، وولي القضاء ببغداد في زمان المعتصم بالله مات سنة ثمان وثلاثين ومائتين . راجع ترجمته في : الجواهر المضية (١/٤٥٢ - ٤٥٤) ، الترجمة (٣٧٣) ، الفوائد البهية ص٥٤ ، ٥٥ .

لا يأكل من مال اليتيم إذا كان مقيمًا ، وإن خرج في قضاء دين لهم أو إلى [1] ضياع لهم، فله أن يكتسي وينفق ويركب ، فإذا رجع رد الثياب والدابة إلى اليتيم » [2] .

١٤٥١٠ - وذكر [3] الطحاوي : أن مذهب أبي حنيفة : أنه إذا احتاج أخذ قرضًا ثم يقضيه [4] .

١٤٥١١ - قلنا : هذا مذهب أبي يوسف خاصة أجراه مجرى [5] المضارب ، والذي نعرفه من مذاهب أصحابنا : أنه لا يجوز أن يأخذ قرضًا و لا غير قرض ، ولا يقرضه غيره .

وقد روى إسماعيل بن سالم [6] ، عن محمد بن الحسن [7] ، قال : « أما نحن فلا نحب [8] للوصي أن يأكل من مال اليتيم شيئًا : قرضًا ولا غير قرض » [9] .

وذكر في كتاب الآثار عن ابن مسعود ، قال : « لا يأكل الوصي من مال اليتيم قرضًا ولا غيره » [10] ، قال محمد : وهو قول أبي حنيفة .

* * *

(١) لفظ : [إلى] ساقط من صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش .

(٢) هكذا ذكره الجصاص في أحكام القرآن ، « باب أكل ولي اليتيم من ماله » (٦٥/٢) .

(٣) في (م) ، (ع) : [ذكر] بدون الواو .

(٤) ذكره الجصاص في [باب أكل ولي اليتيم من ماله] .

(٥) في (ع) : [أجره] ، مكان : [أجراه] ، ولفظ : [مجرى] ساقط من (م) ، (ع) .

(٦) إسماعيل بن سالم : أحد أعلام الحنفية ، تفقه على محمد بن الحسن . راجع ترجمته في : الجواهر المضية (٤٠٤/١) ، الترجمة (٣٣٠) ، الطبقات السنية برقم (٤٩٨) .

(٧) في سائر النسخ : [محمد بن سالم] ، والصواب ما أثبتناه .

(٨) في ص : [نجب] بالجيم المعجمة .

(٩) في (م) ، (ع) : [ولا غيره] ، مكان : [ولا غير قرض] ، وهذه الرواية أوردها الجصاص في نفس المصدر السابق .

(١٠) أثر ابن مسعود ﷺ : رواه محمد في « كتاب الآثار » ، « باب المضاربة بالثلث ، والمضاربة بمال اليتيم ومخالطته » ص١٧١ ، الأثر (٧٧١) .



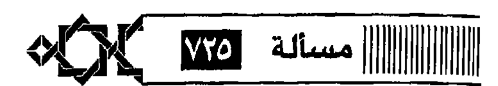
مَوْسُوعَة

القواعد الفقهية المقارنة

المسمّاة

التجريد

كتاب الصلح


مسألة ٧٢٥

الصلح مع الإقرار ، والسكوت ، والإنكار

١٤٥١٢ - قال أصحابنا : لا يجوز الصلح مع الإقرار ، والإنكار ، والسكوت [١] .

١٤٥١٣ - وقال الشافعي : إذا ادعى عينًا أو دينًا ؛ لم يصح الصلح ، إلا أن يقرّبها المدعي عليه ، فإن جاء أجنبي إلى المدعى فقال : المال الذي ادعيته على فلان هو مقر لك في الباطن ، فصالحني منه ، فصالحه صح الصلح ، أذن [٢] له المدعى عليه أو لم يأذن . ولو قال : أنا أعلم أنك صادق وأنه ظالم في جحود الدين فصالحني ، صح الصلح . وإن قال : العين التي [٣] ادعيتها أنت صادق في دعواها وأنا أقدر على انتزاعها فصالحني ففعل ، صح الصلح ، فإن [٤] لم يقدر على انتزاعها ، انفسخ الصلح .

١٤٥١٤ - وقال في الإملاء : إذا بنى رجل مسجدًا فادعى مدع [٥] أنه له فجحد الباني [٦] ، فقال قوم من أهل المسجد : نحن نعلم أن الأرض لك وقد بناها [٧] مسجدًا فصالحنا منها فصالحهم جاز [٨] .

---

(١) راجع المسألة في : مختصر الطحاوي « كتاب الصلح » ص٩٨ ، روضة القضاة « كتاب الصلح » ، « فصل أضرب الصلح » (٧٦١/٢) ، المسألة (٥١٦١) ، تحفة الفقهاء « كتاب الصلح » (٢٤٩/٣) ، طريقة الخلاف في الفقه « كتاب الصلح » ص٤٢٨ - ٤٣٠ ، بدائع الصنائع « كتاب الصلح » (٤٠/٦) ، فتح القدير مع الهداية ، وبذيله العناية « كتاب الصلح » (٤٠٥/٨ - ٤٠٩) ، البناية مع الهداية « كتاب الصلح » (٣٥/٩) .

(٢) في (م) : (ع) : [ادعى] ، مكان : [أذن] .

(٣) في (م) ، (ع) : [الذي] .

(٤) لفظ : [فإن] ساقط من صلب (ص) ، واستدركه في الهامش .

(٥) لفظ : [مدعى] ساقط من (م) ، (ع) .

(٦) في (م) ، (ع) : [الثاني] .

(٧) في سائر النسخ : [بناها] ، لعل الصواب : [بني عليها] .

(٨) راجع تفصيل المسألة في : الأم ، في « الصلح » (٢١١/٣) ، المهذب مع تكملة المجموع الثانية « كتاب الصلح » (٣٨٩/١٣) وما بعدها ، نهاية المحتاج « باب الصلح » (٣٨٣/٤ ، ٣٨٧) ، الكافي لابن عبد البر « كتاب الصلح » (٨٧٨/٢) ، بداية المجتهد « كتاب الصلح » (٣١٨/٢) ، قوانين الأحكام الشرعية « الباب الثالث عشر في الصلح » ص٣٥١ ، شرح الزرقاني « باب الصلح » (٤/٦ ، ٥) ، المغني « كتاب الصلح » (٥٢٧/٤ - ٥٢٩) ، الكافي لابن قدامة « كتاب الصلح » (٢٠٢/٢) ، العدة مع العمدة « كتاب الصلح » ص٢٥١ .

١٤٥١٥ - لنا : قوله تعالى : ﴿ وَإِنِ ٱمۡرَأَةٌ خَافَتۡ مِنۢ بَعۡلِهَا نُشُوزًا أَوۡ إِعۡرَاضٗا فَلَا جُنَاحَ عَلَيۡهِمَآ أَن يُصۡلِحَا بَيۡنَهُمَا صُلۡحٗاۚ وَٱلصُّلۡحُ خَيۡرٞۗ ﴾ [١] ، فذكر اللّٰه تعالى خوف النشوز بين الزوجين وجوز الصلح ، وقد يكون عَرَضَ النشوزُ والإعراضُ بسبب دعوى تدعيها عليه ، ويكون لغير ذلك ، وقد جوز اللّٰه تعالى الصلح عامًا ، ولم يفصل .

١٤٥١٦ - فإن قيل : هذه الآية نزلت [٢] في رافع بن خديج وزوجته خولة بنت محمد بن مسلمة [٣] الأنصاري ، وكان رافع قد تزوج عليها أشب [٤] منها ، فخافت امرأته منه الإقامةَ على النشوز والإعراض ، فنزلت هذه الآية [٥] .

١٤٥١٧ - قلنا : قد روي أنها نزلت في شأن سودة ، وهبت يومها لعائشة [٦] .

وروى [عروة ، عن عائشة] [٧] : « أنها نزلت في المرأة تكون عند الرجل فيريد طلاقها ويتزوج عليها ، فتقول : امسكني ولا تطلقني ثم تزوج وأنت [٨] في حل من النفقة والقسم لي » [٩] .

وروي عن علي ، وابن عباس ﷺ : « أن اللّٰه / تعالى أجاز لهما أن يصطلحا على رد بعض مهرها ، أو بعض أيامها تجعلها لغيرها » [١٠] . ١٦٦/ب

١٤٥١٨ - وقال عثمان ﷺ : « ما اصطلحا عليه في شيء ، فهو جائز » [١١] .

---

(١) سورة النساء : الآية ١٢٨ .

(٢) في (م) ، (ع) : [نزلت هذه الآية] .

(٣) في (م) ، (ع) : [محمد بن سلمة] ، وهو خطأ .

(٤) في (م) ، (ع) : [محمد بن سلمة] ، وهو خطأ .

(٥) أخرجه الشافعي في المسند « كتاب النكاح » ، « الباب الخامس فيما يتعلق بعشرة النساء والقسم بينهن » (٢٨/٢) ، الحديث (٨٧/٨٦) ، والنيسابوري في أسباب النزول في « سورة النساء » ص١٣٧ ، والحاكم في المستدرك « كتاب التفسير » ، في تفسير « سورة النساء » (٣٠٨/٢ ، ٣٠٩) .

(٦) هذه الرواية أخرجها أبو داود الطيالسي في المسند ص٣٤٩ الحديث (٢٦٨٣) ، والترمذي في السنن « كتاب تفسير القرآن » ، « باب ومن سورة النساء » (٢٤٩/٥) ، الحديث (٣٠٤٠) ، وأبو داود في السنن « كتاب النكاح » ، « باب في القسم بين النساء » (٥٣٤/١ ، ٥٣٥) .

(٧) ما بين المعكوفتين : ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش

(٨) في (م) ، (ع) : [تزوج فأنت] . (٩) لفظ : [لي] ساقط من (م) ، (ع) .

(١٠) في (م) ، (ع) : [فجعلها] ، مكان : [تجعلها] ، وانظر : تفسير القرآن العظيم (٥٦٣/١) .

(١١) في سائر النسخ : [سليم] ، مكان : [شيء] ، والصواب ما أثبتناه ، وقد تقدم تخريجه في هذه المسألة .

١٤٥١٩ – وإذا اخْتُلِف في تأويلها وجب الرجوع إلى عموم اللفظ (١) وإن نزل على سبب خاص .

١٤٥٢٠ – ويدل عليه : قوله تعالى : ﴿ لَّا خَيْرَ فِي كَثِيرٍ مِّن نَّجْوَاهُمْ إِلَّا مَنْ أَمَرَ بِصَدَقَةٍ أَوْ مَعْرُوفٍ أَوْ إِصْلَاحٍ بَيْنَ النَّاسِ ﴾ (٢) ، ولم يفصل .

وروي : « أن النبي ﷺ دخل المسجد فرأى اثنين يتنازعان على ثوب ، وقد ارتفعت أصواتهما ، فقال للمدعي : « هل لك إلى الشطر » قال : « لا » ، قال : « هل لك إلى الثلثين » ؟ قال : « نعم » .

وهذا يدل على جواز الصلح على الإنكار .

١٤٥٢١ – فإن قيل : يجوز أن يكون الثوب في أيديهما .

١٤٥٢٢ – قلنا : لو كان كذلك لم يتعين المدعى منهما ؛ ويدل عليه : ما روى أبو هريرة ﷺ : أن النبي ﷺ قال : « المسلمون على شروطهم ، والصلح جائز بين المسلمين » (٣) .

١٤٥٢٣ – وروى أبو رافع عن أبي هريرة ﷺ : أن النبي ﷺ قال : « الصلح بين المسلمين جائز » (٤) .

١٤٥٢٤ – فإن قيل : هذا بعض الخبر ، وتمامه : « إلا صلحًا أحل حرامًا أو حرَّم حلالًا » (٥) .

١٤٥٢٥ – قلنا : حديث أبي هريرة ﷺ ليس فيه استثناء ، وإنما هذا رواه كثير بن عبد الله بن عمرو بن عوف ، عن أبيه ، عن جده (٦) ، فهما خبران راوي كل واحد

---

(١) في (م) ، (ع) : [لفظها] . (٢) سورة النساء : الآية ١١٤ .

(٣) أخرجه الدارقطني في السنن « كتاب البيوع » (٢٧/٣) ، الحديث (٩٦) ، والحاكم في المستدرك « كتاب البيوع » في « المسلمون على شروطهم » (٤٩/٢) ، وابن الجارود في المنتقى « أبواب القضاء في البيوع » ، ص١٦١ ، الحديث (٦٣٧ ، ٦٣٨) ، وأحمد مختصرًا في المسند (٣٦٦/٢) .

(٤) لفظ : [جائز] ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) ، واستدركه المصنف في الهامش ، والحديث أخرجه الدارقطني ، الحديث (٩٧) ، والحاكم في المستدرك « كتاب البيوع » (٥/٢) .

(٥) في (م) ، (ع) : [أو أحرم حرامًا] ، مكان : [أو حرم حلالًا] ، وهو سهو .

(٦) أخرجه الترمذي في السنن « كتاب الأحكام » ، « باب ما ذكر عن رسول الله ﷺ في الصلح بين الناس » (٦٢٥/٣ ، ٦٢٦) ، الحديث (١٣٥٢) ، والحاكم نحوه في المستدرك « كتاب الأحكام » (١٠١/٤) ، وابن ماجه ما عدا قوله : [والمسلمون على شروطهم] إلى آخره ، في السنن « كتاب الأحكام » ، « باب الصلح » (٧٨٨/٢) ، الحديث (٢٣٥٣) ، والبيهقي في الكبرى « كتاب الصلح » ، « باب صلح المعاوضة » (٦٥/٦) .

منهما غير الآخر ، ولو ثبت أنه خبر واحد لم يمتنع الاستدلال ، لأنه ﷺ حكم بجواز الصلح وهذا عام ، ثم استثنى صُلحا بصفة خاصة ، فإن لم يثبت أن الصفة موجودة فيه لم يخرج من الخبر . وقد اختلفنا [1] في الصلح علىالإنكار ، هل وجدت فيه صفة الاستثناء ، فلم يجز إخراجه من الخبر .

١٤٥٢٦ – فإن قيل : الدليل على وجود الصفة فيه : أن المدعي إما أن يكون صادقًا أو كاذبًا ؛ فإن كان صادقًا وقد حرم عليه العقد أخذ بقية حقه ، وكان حلالًا له ، فقد حرم عليه حلالًا ، وإن كان كاذبًا فقد أخذ ما لخَصمه ، وهو حرام عليه ، فأحل العقد له [2] حرامًا .

١٤٥٢٧ – قلنا : لا يجوز حمل الخبر على تحريم أوجبه العقد ، أو تحليل أوجبه ، لأنه لو كان كذلك لم يجز الصلح بعد الإقرار أيضًا . ألا ترى : أنه إن صالحه على غير جنس حقه فقد أحل له الصلح ما كان حرامًا ، وهو [3] العين المعقود عليها ، وإن وقع على جنس الحق فقد حرم حلالًا ، وهو الباقي [4] من حقه ، فعلم أن المراد بالخبر غير ما ظنوه ، وهو تحليل حرام لا يجوز استباحته بالعقد ، أو تحريم [5] حلال لا يجوز تحريمه بالعقد الأول ، مثل : أن يصالحه المدعي على قطع يد المدعى عليه ، أو [6] أن يدعي قصاصًا في اليد فيصالحه على قطع عضو آخر ، أو يصالح على خمر أو خنزير ، أو يصالح المطلقة ثلاثًا [7] على أن يتزوجها ، أو يصالح المرأة على أن يزيدها في القسم [8] ، هذا كله لا يجوز استباحته بالعقد .

١٤٥٢٨ – النوع الثاني : إذا صالحه على عبد لا يبيعه ، أو دار لا يسكنها ، فهنا صلح حرم حلالًا لا يجوز تحريمه بالعقد ، فأما المال فيجوز تحليله وتحريمه بالعقد ، فيجوز الصلح عليه .

١٤٥٢٩ – وأما قولهم : – « إن المدعي إذا كان كاذبًا فقد أحل الصلح حرامًا » – ، فههنا [9] الصلح باطل عندنا ، ويدل عليه : إجماع الصحابة .

---

(١) في سائر النسخ : [اختلفا] ، والصواب ما أثبتناه .

(٢) لفظ : [له] ساقط من (م) ، (ع) .

(٣) في (م) ، (ع) : [وهي] .

(٤) في (م) ، (ع) : [الثاني] ، مكان : [الباقي] .

(٥) في (م) : [أو يحرم] .

(٦) لفظ : [أو] ساقط من (م) ، (ع) .

(٧) في (ع) : [غشا] ، مكان : [ثلاثا] .

(٨) في (ع) : [فالقسم] .

(٩) في (م) ، (ع) : : [فيها هنا] .

١٤٥٣٠ - وروى عن عمر ﷺ أنه قال : « ردوا [١] الخصوم إلى أن يصطلحوا ، فإن فصل القضاء يورث الضغائن » [٢] .

وروي : « أن رجلين اختصما إلى علي ﷺ في بغلة ، فجاء هذا بشاهدين ، وجاء هذا بخمسة ، فقال لأصحابه : ما تقولون ، قالوا : يقضي [٣] لأكثرهما شهودًا ، فقال : لعل الشاهدين خير ، ثم قال : فيها قضاء وصلح ، أما الصلح فأن يجعل بينهما على عدد شهودهما » [٤] ، فلم يشترط الإقرار ، وروي : « أن حذيفة ﷺ أصاب ناقة في يدي رجل ، فاستحقها بالبينة ، فقال خصمه : ملكتها منك وأطلب يمينك ، فقال حذيفة : خذ مني عشرة ولا تحلفني » [٥] .

١٤٥٣١ - ولأنه صلح عن مال لم يحكم ببطلانه في الظاهر ، فصار كالصلح عن المال المقر به .

١٤٥٣٢ - فإن قيل : المال المقر به للعقد [٦] وجه صحيح ، لأن المدعي يأخذ عوضًا عن مال محكوم به [٧] ، وفي مسألتنا : لم يحكم بشيءٍ [٨] حتى يكون ما يأخذه في مقابلته .

١٤٥٣٣ - قلنا : المال المقر به غير محكوم به إلا بظاهر الإقرار ، فجواز [٩] الصلح

---

(١) الزيادة : من (م) ، (ع) ، وفي (ص) : [ردد] ، مكان : [ردوا] .

(٢) في (م) ، (ع) : [التغابن] ، وأثر عمر ﷺ أخرجه عبد الرزاق في المصنف « كتاب البيوع » ، « باب في الرجلين يدعيان السلعة يقيم كل واحد منهما البينة » (٧٧/٨ ، ٢٧٨) ، البيهقي في الكبرى « كتاب الدعوى والبينات » ، « باب المتداعيين ما لم يكن في يد واحد منهما ويقيم كل واحد منهما بينة بدعواه » (٢٥٩/١٠) .

(٣) في (م) : [يقولون] ، مكان : [تقولون] ، وفي (ع) : [تقضى] ، مكان : [يقضي] .

(٤) أخرجه عبد الرزاق في المصنف « كتاب البيوع » ، « باب في الرجلين يدعيان السلعة يقيم كل واحد منهما البينة » (٢٧٧/٨ ، ٢٧٨) ، الحديث (١٥٢٠٧) ، والبيهقي في الكبرى « كتاب الدعوى والبينات » ، « باب المتداعيين ما لم يكن في يد واحد منهما ويقيم كل واحد منهما بينة بدعواه » (٢٥٩/١٠) .

(٥) أخرجه عبد الرزاق في المصنف « كتاب الأيمان والنذور » ، « باب من يجب عليه التكفير » (٥٠٢/٨) ، الأثر (١٦٠٥٥) ، والدارقطني في السنن « كتاب في الأقضية والأحكام » (٢٤٢/٤) ، الأثر (١٣٩) ، والبيهقي في الكبرى « كتاب الشهادات » ، « باب ما جاء في الاقتداء عن اليمين ومن رخص فيها إذا كان محقًّا » (١٧٩/١٠) .

(٦) لفظ : [مال] ساقط من (ع) ، وفي (م) ، (ع) : [العقد] ، مكان : [للعقد] .

(٧) في (م) : [عوض] ، وفي (م) ، (ع) : [من مال المحكوم به] ، مكان المثبت .

(٨) في (ص) ، (م) : [لم يحكم به بشئ] ، بزيادة : [به] .

(٩) في (م) ، (ع) : [الجواز] .

إنما هو لتجويز أن يكون الأمر كما قال المقر ، لا للحكم به [١] ، ألا ترى : أن عينًا لو علمناها ملكًا لزيد فرأيناها في يد غيره يبيعها ، وزعم أنه وكله ببيعها ، فإن عقده [٢] يجوز عليها لجواز أن يكون صادقا [٣] وإن لم يحكم بالوكالة . ولو تبرع رجل فصدق [٤] المشتري فصالحه جاز الصلح وإن لم يثبت بتصديقه المال على المدعي عليه ، بل جاز الصلح لتجويز أن يكون كما قال .

١٤٥٣٤ - ولأنها دعوى دين لم يحكم ببطلانه في الظاهر ؛ فوجب أن يجوز الصلح عنه . أصله : إذا شهد شاهد واحد وحلف المدعي مع شاهده ثم صالح .

١٤٥٣٥ - فإن قيل : إذا اعترف العاقد بالدين فقد ثبت في حقه . بدلالة : أنه لو ورث المدعى عليه طولب بالدين ، ولو كانت الدعوى في عين يملكها [٥] وجب تسليمها .

١٤٥٣٦ - قلنا : المُصَالِحُ إنما يأخذ عوضًا عما ادعى في ذمة خَصْمه ، وسقط بصلحه ما ادعاه حتى لو اعترف عليه لم يلزمه بعد الصلح شيء ، ولم يثبت بتصديق الأجنبي حق في ذمة المدعى عليه حتى يؤخذ [٦] عنه العوض ، ومع هذا جاز الصلح ، فعلم أن العلة في صحته لمّا لم يحكم ببطلانه .

١٤٥٣٧ - ولأن كل صلح جاز مع إنكاره ؛ أصله : إذا صالح الأجنبي وإذا حكم بصحة المال .

١٤٥٣٨ - ولا يمكن القول بموجب العلة ، وإذا حكم عليه بشاهد ويمين [٧] ، لأن هذا أصل العلة .

١٤٥٣٩ - ولأنه أحد [٨] جوابي الدعوى ؛ فجاز الصلح مع وجوده من المصالح ، كالإقرار .

١٤٥٤٠ - ولأن المقصود بالصلح إسقاط الحق ، والتمليك تابع ، بدلالة : أن من أراد إيفاء ما عليه لم يصالح ، وإنما يصالح ويحط عنه ، والإنكار لا يمنع إسقاط الحقوق ،

(١) لفظ : [به] ساقط من (ع) .
(٢) في (م) ، (ع) : [عنده] .
(٣) في (م) ، (ع) : [صداقا] .
(٤) في (ع) : [فصدقة] .
(٥) في (م) ، (ع) : [في دين مملكها] ، مكان المثبت .
(٦) في (م) ، (ع) : [وعين] .
(٧) في (ع) : [وعين] .
(٨) في (ع) : [أجد] بالجيم المعجمة .

كالبراءة ، والعتاق ، والطلاق . يبين ذلك : أن من أبرأ من حق مجحود ثم اعترف به من هو [1] عليه ، سقطت المطالبة به .

١٤٥٤١ - قالوا : المقصود بالصلح المعاوضة [2] .

١٤٥٤٢ - قلنا : لو كان كذلك لكان بيعًا [3] ، فلما سمي باسم آخر دل على اختصاصه بمعنى ليس هو المعاوضة ، فهو جائز عندنا ، ولم يجز أن يصالح من المائة على خمسين وإن كان معاوضة ، كما لم يجز أن يعاوض بذلك ، فلما صح علم أن المقصود به : الإسقاط [4] ، والمعاوضة تابعة .

١٤٥٤٣ - قالوا : لو كان إسقاط حق لصح لصاحب الحق وحده ، كالبراءة ، والطلاق .

١٤٥٤٤ - قلنا : في مضمونه تمليك بعوض ، وإن كان المقصود منه الإسقاط .

١٤٥٤٥ - قالوا : البراءة تصح من المدعي [5] وحده ؛ ففي زعمه أن حقه ثابت ، وكذلك العتاق والطلاق [6] يصح بقول المدعي وحده ، وفي زعمه أن ملكه ثابت . وفي مسألتنا : يصح الصلح بهما ، وفي زعم الباذل [7] أنه لا شئ عليه يصح بدل العوض عنه .

١٤٥٤٦ - قلنا : يبطل هذا إذا [8] أقر الرجل على غيره بالعتق ثم اشترى ذلك العبد منه ففي [9] زعم المشتري أنه لا ملك للبائع يصح بدل العوض عنه [10] ، ومع ذلك يصح العقد .

١٤٥٤٧ - فإن قالوا : المشتري يفتدي الحر من ظلم البائع .

١٤٥٤٨ - قلنا : والمدعى عليه يسقط عن نفسه الخصومة واليمين [11] .

---

(١) لفظ : [هو] ساقط من (م) ، (ع) .
(٢) في (م) ، (ع) : [المعاوضة الصلح] ، بزيادة : [الصلح] .
(٣) في (م) ، (ع) : [منعا] .
(٤) لفظ : [به] ساقط من (م) ، (ع) ، وفي (م) : [بالإسقاط] ، بزيادة الباء .
(٥) في (م) : [يصح بالدعي] ، مكان المثبت ، وفي (ع) : [بالمدعي] ، مكان : [من المدعي] .
(٦) لفظ : [الطلاق] ساقط من (م) ، (ع) .
(٧) في (م) ، (ع) : [السادس] ، مكان : [البادل] .
(٨) لفظ : [إذا] ساقط من (م) ، (ع) . (٩) في (م) ، (ع) : [وفي] .
(١٠) لفظ : [عنه] ساقط من (ع) . (١١) في (م) ، (ع) : [والعين] ، مكان المثبت .

١٤٥٤٩ - ولأن الصلح مع إنكاره عقد لو عقده أجنبي جاز ، فإذا عقده [١] بنفسه جاز ، كالبيع ، والصلح مع الإنكار تبع [٢] الإقرار .

١٤٥٥٠ - ولأن الأجنبي لو عقد الصلح بغير أمره [٣] جاز ، فإذا عقده بأمره كان أولى بالجواز ، كالكفالة . وإذا ثبت أنه يجوز أن يعقده بأمره [جاز للآمر أن يعقده ، كالبيع ، والصلح على الإقرار ، وإذا ثبت أنه لا يجوز [٤] أن يعقده بأمره] [٥] ثبت أنه لا يجوز للآمر أن يعقده ؛ لأن أحدًا لا يفصل بينهما .

١٤٥٥١ - ولأن العقود [٦] اختلفت أسماؤها لاختلاف معانيها ، بدلالة الكفالة والحوالة ، كل واحد منهما عقد ضمان ، إلا أن [٧] اسمهما يختلف لاختلاف معناهما [٨] . وكذلك النكاح ، والإجارة ، وإن كان كل واحد منهما عقدًا [٩] على المنافع ، فلما فرقوا بين الصلح والبيع دل على اختصاص الصلح [١٠] بمعنى يخالف البيع، وما ذاك إلا جوازه مع الإنكار .

١٤٥٥٢ - ولأن معنى الصلح : أنه وضع لقطع الدعوى والمنازعة ، وذلك يوجد مع الإنكار ، فأما مع [١١] الإقرار فصاحب الحق يبرئ [١٢] أو يستوفي ، فلا توجد حقيقة الصلح ، لهذين الوجهين .

١٤٥٥٣ - قال أبو حنيفة : أجوز ما يكون الصلح عن الإنكار.

١٤٥٥٤ - ولأن الإقرار سبب لثبوت الحق ؛ فلا يعتبر وجوده في صحة الصلح ، كالبينة .

١٤٥٥٥ - ولأن اليمين تفضي [١٣] إلى مال ، فجاز الصلح عنه بمال ، كدم العمد .

---

(١) في (م) ، (ع) : [عقد] بدون الهاء .

(٢) قوله : [الإنكار تبع] ساقط من (م) ، (ع) .

(٣) قوله : [أمره] ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش .

(٤) في سائر النسخ : [يجوز] ، والصواب : [لا يجوز] ، بزيادة : [لا] .

(٥) ما بين المعكوفتين : ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش .

(٦) في (م) ، (ع) : [العقد] .

(٧) لفظ : [أن] ساقط من صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش .

(٨) في (ع) : [معانيهما] .

(٩) في جميع النسخ : [عقد] ، والصواب بالنصب ، كما أثبتناه .

(١٠) في سائر النسخ : [دل على اختصاص الصلح والبيع] ، بزيادة : [البيع] ، حذفناها من الصلب لاستقامة المعنى .

(١١) الزيادة : من (م) ، (ع) .

(١٢) في (م) ، (ع) : [يسري] .

(١٣) في (ع) : [يفضي] .

١٤٥٥٦ - احتجوا : بقوله تعالى : ﴿ لَا تَأْكُلُوٓا۟ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ ﴾ (١) .

١٤٥٥٧ - والجواب : أن الله تعالى أجاز أكل المال بالتراضي على وجه التجارة ، والمرجع في التجارة إلى العادة ، ومن عادة التجار أن يتنازعوا في المعاملات ، ثم يصطلحوا ، فيجوز ذلك بظاهر الآية .

١٤٥٥٨ - احتجوا : بقوله ﷺ « إلا صلحاً أحل حرامًا أو حرم حلالًا » (٢) ، وقد جعلنا هذا الخبر دلالة لنا .

١٤٥٥٩ - قالوا : المدعي عاوض على ما لم يثبت له ، فوجب أن يكون له ، وهذا المعنى يقتضي أن يملك بعوضه في الظاهر ، كمن باع شيئًا في يده مَلَكَ في الظاهر عوضَه ، لأنه يجوز أن يملكه / . ١٦٧/أ

١٤٥٦٠ - فإن قيل : هناك يقتضي (٣) الشرع أن المرجع في ملكه إلى قوله (٤) ، فقد ثبت له .

١٤٥٦١ - قلنا : الأمر كذلك إلا أن هذا لا يوجب ثبوته ، فلزم (٥) على الوصف .

١٤٥٦٢ - ويبطل بالأجنبي إذا اعترف بدين ثم صالح المدعي فإنه جائز ، ولم يثبت الدين له ، بدلالة : إنه إنما صالح عليه لو استحق رجع بالدعوى لا بالدين .

١٤٥٦٣ - ولأن حق المدعي وإن لم يثبت فقد وجب بالدعوى حقٌّ على خصمه ، فجاز أن يسقط عن نفسه ذلك الحق بعوض إذا كان المدعي يجوِّزُ أخذ العوض عنه .

١٤٥٦٤ - والمعنى فيمن باع ملك غيره : أن المشتري لم يستحق بهذا العقد شيئًا ، ولا يملك عليه عوضًا (٦) ، وفي مسألتنا : استُحِقَّ بهذا العقد قطعُ الخصومة ، فجاز أن يستحق عوضًا عليه .

١٤٥٦٥ - ولأن هناك عَقَد على مالا يملك وههنا عقد على ما يجوز أن يكون ملكه ، فاستحق عوضه ؛ ألا ترى : أن العقود على الصحة مع التجويز ولا تصح إذا لم

---

(١) سورة النساء : الآية ٢٩ .

(٢) قوله : [أو حرم حلالًا] ساقط من (م) ، (ع) ، هذا جزء من الحديث الذي سبق تخريجه في هامش (٢٦) ، من هذه المسألة .

(٣) في (ع) : [يقضي] .

(٤) قوله : [إلى قوله] ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش .

(٥) في (ص) : [يلزم] .

(٦) في (م) : [عوض] .

يكن لها وجه في الجواز .

١٤٥٦٦ - قالوا : صلح عن جحود أو صلح [١] عن دعوى مجردة ؛ فوجب أن لا يصح [٢] . أصله : إذا ادعى عليه أنه قذفه .

١٤٥٦٧ - قلنا : المعنى فيه : أنه لو كان عن إقرار لم يصح الصلح ، كذلك عن إنكار . وفي مسألتنا : يجوز الصلح [٣] عن المدعي مع وجود الإقرار ، فجاز [٤] مع إنكار المدعى عليه ، كصلح الأجنبي .

١٤٥٦٨ - قالوا : عاوض على ما لا يجوز أخذ العوض عنه و لا يصح له أو لا تملك [٥] العوض ، أصله : إذا باع خمرًا ، أو خنزيرًا ، أو دمًا ، أو ميتة ، أو حد القذف ، أو حق الشفعة ، أو خيار الشرط .

١٤٥٦٩ - قلنا : الوصف غير مسلَّم ، فإن المدعي أخذ العوض عن المال الذي ادعاه ، والمدعى عليه بذل [٦] العوض لإسقاط الخصومة في حق المعاوضة عليه ، وكل واحد من الأمرين يصح أخذ العوض عنه عندنا ، فصار وصفهم مسألة الخلاف .

١٤٥٧٠ - فأما الخمر والخنزير فلا وجه لصحة العقد عليهما ، فلم يصح ، والصلح له وجه [٧] في الصحة ، وهو : أن المدعي يجوز أن يكون صادقًا في دعواه .

١٤٥٧١ - وأما حد [٨] القذف ، وخيار الشرط ، والشفعة : فحقوق ليس فيها معنى المال ، فلا يجوز أخذ المال عنها ، واليمين [٩] حق يفضي إلى مال ، فجاز الصلح عنه .

١٤٥٧٢ - قالوا : مال أخذه على سبيل المعاوضة ؛ فوجب أن لا يلزم مع الإنكار . أصله : إذا ادعى رجل على رجل دارًا فأنكره فجاء أجنبي إلى المدعي فصدقه ، وقال : صالحني منها على كذا ، أو بعينها بكذا ، فإن الصلح صحيح لكنه غير لازم ، لأنه [١٠] إذا لم يقدر على الدار رجع عليه .

١٤٥٧٣ - قلنا : إذا عقد الصلح على أن يسلم الدار للعاقد فلم يسلم له ، لم يستحق عليه عوضها ، وفي مسألتنا : الحق مسلم في يد الخصم أو ذمته ، فقد سلم له ما

---

(١) في (م) ، (ع) : [وصلح] .
(٢) في (م) ، (ع) : [أن يصح] ، بحذف : [لا] .
(٣) لفظ : [الصلح] ساقط من (م) ، (ع) .
(٤) لفظ : [فجاز] ساقط من (م) ، (ع) .
(٥) في (م) ، (ع) : [يملك] .
(٦) في (ع) : [بذل] بالذال المعجمة .
(٧) لفظ : [وجه] ساقط من صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش .
(٨) في (م) ، (ع) : [فأما حدا] .
(٩) في (م) ، (ع) : [والثمن] .
(١٠) في (م) ، (ع) : [لأنه] ، مكان : [لكنه] .

عقد عليه ، فلذلك [١] استحق عوضه عليه .

١٤٥٧٤ - قالوا : أخْذُ [٢] عوض الصلح واجب أن لا يصح حتى يكون محكومًا بملكه لباذله ، كالمال [٣] المصالح به .

١٤٥٧٥ - قلنا : لا فرق بين البدلين عندنا ، لأنه لو ادعى كل واحد منهما على صاحبه حقًّا فتصالحا على أن أسقط كل واحد دعواه جاز الصلح وتساوى حكم عوضه . فأما إذا صالح على مال يأخذه فمتى لم يكن محكومًا به لم يسلم لخصمه شئ فلا يصح الصلح ، والمدعي (معارض) [٤] ذمة المدعى عليه ، وإنما يستفيد بالعلم سقوط المنازعة فيه ، وهذا معنى قد سلم له ، فلذلك [٥] صح العقد فيه وإن لم يحكم به للمدعي .

١٤٥٧٦ - قالوا : لا وجه لاستحقاق المال المبذول ، فإنه لا يخلو من أن يكون عوض المال المدَّعي ، أو لترك الدعوى والخصومة ، أو لافتداء اليمين ، فلا يجوز أن يكون عوضا عن المال المدعي ، لأنه لم يثبت له ولم يملكه فلم يجز أن يملكه ما في مقابلته ، ولا يجوز أن يكون في مقابلة ترك الدعوى والخصومة ، لأن ذلك يقتضي صحة الصلح من دعوى القذف ودعوى النكاح ولا يجوز عندكم فيهما ، ولا يجوز أن يكون في مقابلة ترك اليمين ، [لأن الصلح يمنع الرجوع عن دعوى المال وإقامة البينة عليه ، وسقوط حقه في اليمين لا يمنع من سماع البينة على المال المدعي ، فدل هذا على أنه ليس في مقابلة ترك اليمين] ، فلم يبق إلا بطلان [٦] الصلح .

١٤٥٧٧ - وربما قالوا : لو كان عوضًا عن إسقاط اليمين لم تجب [٧] الشفعة في عوضها ، فلما وجبت الشفعة في الدار المصالح بها دل على أنها عوض عن الحق .

١٤٥٧٨ - الجواب [٨] : أن المال المبذول في حق المدعي في مقابلة حقه الذي زعم أنه له وفي حق خصمه لإسقاط الخصومة وافتداء اليمين ، فالعقد حكم من كل واحد من جنبته بخلاف الجنبة الأخرى ، ومخالفنا يعتبر حكمه بكل واحد من الأمرين على الانفراد ، وهذا لا يصح . يبين [٩] ذلك : أن الشاهد على غيره في عتق عبد إذا ردت

---

(١) في (م) ، (ع) : [فكذلك] . (٢) في (ص) : [أحد] .
(٣) في (م) ، (ع) : [لنا وله كمال] ، مكان المثبت .
(٤) ما بين القوسين بدل [سالم] المثبتة في النسخ . (٥) في (م) ، (ع) ، (ن) : [كذلك] .
(٦) ما بين المعكوفتين : ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش ؛ وفي (م) ، (ع) : [ابطال] ، مكان : [بطلان] . (٧) في (م) : [لم يجب] .
(٨) في (م) ، (ع) : [والجواب] ، بالعطف . (٩) في (ع) : [تبين] .

شهادته ثم ابتاع العبد جاز العقد واستحق البائع البدل ، وحكم هذا العقد في حق البائع المعاوضة ، وما يأخذه عوض عن عبده ، وفي حق المشتري حكمه مخالف لذلك ، فلو اعتبرنا حكم البيع من الطرفين لم يصح العقد مع اعتراف المشتري بفساده ، ولو اعتبرنا حكم المفاداة [١] لم يصح أن يأخذ البائع عوضا عن الحر ، فاعتبر [٢] في حق كل واحد منهما ما صح معه العقد ، كذلك في مسألتنا .

١٤٥٧٩ – فأما قولهم : كيف يأخذ العوض عما لم يحكم بملكه له ، قلنا : هذه مسألة الخلاف فكيف يجعل [٣] دليلًا ؟ .

١٤٥٨٠ – ولأنه قد ادعى الملك ويجوز أن يكون الأمر كما قاله ، فيصح أن يأخذ العوض في ظاهر الحكم ، كمن في يده عبد لا يعلم أنه ملكه إذا باعه ، فقولهم : لا يجوز أن يكون عوضًا عن إسقاط الخصومة واليمين ؛ لأنه لو كان كذلك لصح الصلح في حد القذف ، فهناك عندنا لا تجب [٤] اليمين والحق لله تعالى ، فلا يسقط بعوض ، والخصومة إنما يتعوض عنها إذا كانت فيما يصح أخذ العوض عنها ، فأما دعوى النكاح فيجوز الصلح عنها [٥] ، وإن كان الزوج أخذ المال كان خلعًا في حقه ، وإن أخذته المرأة كان ذلك [٦] زيادة في المهر .

١٤٥٨١ – فأما قولهم : « لو كان لإسقاط اليمين لقبلت البينة بعده [٧] ، كما لو استوفى اليمين ثم أقام البينة » فغلط ؛ لأن المدعي لم يتعوض عن اليمين ، وإنما تعوض عن المال المدعى ، وكيف يصح أن يطالب به ، بعد ذلك ويستوفيه ؟ وإنما الشبهة على مخالفنا : أنه يعتبر الحكم في إحدى جنبتي [٨] العقد مما يقتضيه [٩] الحكم في الأخرى مع اختلافهما .

١٤٥٨٢ – قالوا : ماكان معاوضة في إحدى [١٠] جنبتي العقد كان معاوضة في الجنبة الأخرى [١١] .

---

(١) في (م) ، (ع) : [المفاداة] .

(٢) في (م) ، (ع) : [فلما اعتبرنا] ، مكان : [فاعتبر] .

(٣) في (م) ، (ع) : [يجعل] .

(٤) في (م) : [لا يجب] .

(٥) في (م) ، (ع) : [عليها] .

(٦) لفظ : [ذلك] ساقط من (ع) .

(٧) لفظ : [بعده] ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش .

(٨) في جميع النسخ : [أحد] ، الصواب ما أثبتناه ، وفي (ع) : [حيثيتي] ، مكان : [جنبتي] .

(٩) في (م) ، (ع) : [فما يقبضه] .

(١٠) في سائر النسخ : [أحد] ، والصواب ما أثبتناه .

(١١) في (م) ، (ع) : [الأخرى] .

١٤٥٨٣ - قلنا : يبطل بمسألة دعوى العتق ، فإن العقد بيع في حق البائع ، وليس ببيع عند المشتري .

١٤٥٨٤ - قالوا : العقد مبني على قول من جعل القول قوله في الشريعة ، بدلالة : أن المودع إذا ادعى هلاك الوديعة ثم صالح لم يصح الصلح ، وبقي العقد على قول المودَع الذي جعلت [1] الشريعة القول قوله ، وقد جعلت الشريعة القول قول المدعى عليه ، فيجب أن يبني العقد على قوله ، ولا يصح أخذ العوض عنه ، ولهذا قلنا في مسألة العتق : - إذا اشترى العبد يدعي العتق - إن الشراء جائز ، لأن الشريعة جعلت القول قول المدعى عليه ، ولم تجعل [2] القول للأجنبي ، [ثم بني العقد على قول الأجنبي] [3] وصح الصلح ، فدل على أن العقد يبني على قول من يدعي صحة العقد دون من يدعي فساده .

١٤٥٨٥ - وأما [4] مسألة المودَع : فهي خلاف بين أبي يوسف ومحمد ، وقد قال محمد : إن الصلح بعد دعوى هلاك الوديعة صحيح ، وليس لأبي حنيفة قول ، فلم نسلم [5] لهم ، فأما على قول أبي يوسف : فلأن المودَع أمين قائم مقام صاحب الوديعة ، فقوله كقول صاحب الوديعة .

١٤٥٨٦ - فإذا قال : هَلَكَتْ ، فكأن صاحب الحق اعترف [6] بهلاكها ، ولو اتفقا على الهلاك لم يصح الصلح .

١٤٥٨٧ - فإن قيل : إذا ادعى غاصب العبد أنه هلك أو أبق ، ثم صالح مالكَه على مكيل في الذمة لم يصح ، ولو بنى العقد على قول المالك لم يتضمن صحة العقد [ولوجب أن يصح الصلح .

١٤٥٨٨ - قلنا : يجوز ، وإن بنينا العقد على قول المالك ، لم يتضمن صحة العقد] [7] ؛ لأن العبد ليس بقائم في يد الغاصب ، فلابد من أن يكون في الذمة ، والصلح عما في الذمة على طعام في الذمة لا يصح [8] .

---

(١) في (م) ، (ع) : [جعلته] .
(٢) في (م) : [لم يجعل] .
(٣) ما بين المعكوفتين : ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش
(٤) في (م) ، (ع) : [فأما] .
(٥) في (ص) : [فلم يسلم] ، وفي (ع) : [فلا نسلم] .
(٦) في (م) ، (ع) : [أعرف] .
(٧) ما بين المعكوفتين : ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش
(٨) في (ص) : [لم يصح] .



مسألة ٧٢٦

نقض ما شرع من أجنحة في طرق المسلمين

١٤٥٨٩ - قال أبو حنيفة : إذا أشرع جناحًا إلى طريق المسلمين فلكل واحد [١] منعه من إحداثه ، وإن أحدثه فلهم المطالبة بنقضه [٢] .

١٤٥٩٠ - وقال الشافعي : إذا كان لا يضر بالطريق ، بأن كان عاليًا [٣] تجتاز تحته الجمال بأجمالها ولا يتعلق [٤] به ، لم يكن لأحد قلعه .

١٤٥٩١ - ومنهم من قال في الطريق الذي لا ينفذ : مثل ذلك : إذا كان لمن أحدث الروشن [٥] الاستطراق فيه ، فإن أخرج روشنًا من ظهر داره في درب لا طريق فيه ، لم يجز .

١٤٥٩٢ - ومنهم من فرق بين الدرب الذي لا ينفذ له وبين الشارع ، فقال : لا يجوز في الدرب ، ويجوز في الشارع [٦] .

١٤٥٩٣ - لنا : ما روي « أن عمر بن الخطاب مر بدار العباس ، فرأى ميزاباً يقطر منه الماء فقلعه فخرج إليه العباس ، وقال : قلعت ميزاباً نصبه رسول اللّه ﷺ ، فقال : واللّه لارددته إلا على عنقي ، فصعد العباس على ظهر عمر حتى رده » [٧] .

---

(١) في (م) ، (ع) : [فلك واحد منهم] ، بزيادة : [منهم] .

(٢) راجع المسألة في : مختصر الطحاوي « كتاب الصلح » ص٩٩ ، ١٠٠ ، روضة القضاة « كتاب الصلح » ، « فصل الروشن على الطريق العام » (٧٧٢/٢) ، المسألة (٥٢٠٣) .

(٣) في (م) ، (ع) : [بل كان غالبًا] ، مكان المثبت . (٤) في (م) ، (ع) : [وما يتعلق] .

(٥) في (م) ، (ع) : [لمن أحد الروشين] ، مكان المثبت ، والروشن : الشرفة . راجع المعجم الوسيط ، مادة [رشن] (٣٤٨/١) .

(٦) راجع تفصيل المسألة في : الأم ، في « الصلح » (٢٢١/٣ ، ٢٢٢) ، المهذب « كتاب الصلح » (٣٣٤/١) ، نهاية المحتاج « باب الصلح » (٣٩٢/٤ ، ٣٩٣) ، المنتقى « كتاب الأقضية » ، في « القضاء في المرفق » (٤٣/٦) ، الكافي لابن عبد البر « باب جامع الأحكام والأقضية » (٩٤٠/٢ ، ٩٤١) ، قوانين الأحكام الشرعية « الكتاب الخامس في الأقضية » ، « الباب الخامس عشر في المرافق » ص٣٥٦ ، المغني « كتاب الصلح » (٥١١/٤ ، ٥٥٢) ، الكافي لابن قدامة « باب الصلح فيما ليس بمال » (٢١٠/٢) .

(٧) أخرجه أحمد بمعناه ، في المسند (٢١٠/١) ، والحاكم في المستدرك « كتاب معرفة الصحابة » في « محاكمة العباس وعمر بن الخطاب إلى حذيفة » (٣٣١/٣ ، ٣٣٢) ، والبيهقي في الكبرى « كتاب الصلح » ، « باب نصب الميزاب وإشراع الجناح » (٦٦/٦ ، ٦٧) .

١٤٥٩٤ - وجه الدليل : أن عمر قلعه ، فلو كان حقًّا على صاحب الدار لم يرده [١] فلما أخبره أن رسول الله ﷺ نصبه رده [٢] ، لأن الإمام له أن يأذن في ذلك ، ويقوم إذنه مقام / إذن جميع الناس [٣] . ١٦٧/ب

١٤٥٩٥ - ولأن من يثبت له حق المنع من البناء في الطريق يثبت له المنع من البناء في هوائه ؛ أصله : إذا أشرع في درب لا ينفذ ، فإن سووا بينهما جعلنا أصل العلة من أشرع من ظهر داره في درب لا طريق له فيه .

١٤٥٩٦ - ولأنه بناء في هواء [٤] أرض مشتركة ، فصار كالبناء في هواء دار مشتركة .

١٤٥٩٧ - ولا يلزم : إذا أذنوا ؛ لأنه يستوي فيه الأصل والفرع .

١٤٥٩٨ - ولأنه بنى فيما لا ينفرد [٥] بملكه بغير إذن آدمي ، فكان كمن له فيه حق منفعة [٦] ، كما لو بنى في دار مشتركة ، أصله [٧] : إذا كان البناء يضره .

١٤٥٩٩ - احتجوا : بإجماع أهل الأعصار في ترك الأجنحة [٨] من لدن النبي ﷺ إلى يومنا هذا ، وإن كان يسوغ المنع لما اتُّفِقَ على تركها .

١٤٦٠٠ - قلنا : عندنا يجوز إخراجها [٩] ويحل الانتفاع بها حتى يمنع مانع منها ، ولم ينقل أن أحدًا من المسلمين اعترض على ذلك فمنع من الاعتراض . فلم يكن في مجرد الفصل [١٠] حجة . وهذا كبناء الدكاكين في الأفنية ، والناس يغطونها [١١] في سائر الأعصار وإن كان للحاكم أن ينقضها بإجماع ، وكذلك الأجنحة التي ليست مرتفعة لا ينكرونها [١٢] وإن لم تجز بإجماع .

---

(١) في سائر النسخ : [لم يقلعه] ، والصواب ما أثبتناه .
(٢) قوله : [رده] ساقط من صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش .
(٣) في (م) ، (ع) : [المسلمين] ، مكان : [الناس] .
(٤) في (ع) : [بنى] ، مكان [بناء] ، وفي (م) ، (ع) : [هوى] ، مكان : [هواء] .
(٥) في (ص) ، (م) : [لا يفرد] .
(٦) في (م) ، (ع) : [لمن] ، مكان : [كمن] ، وفي (ص) : [منعه] ، مكان : [منفعة] .
(٧) في (م) ، (ع) : [وأصله] .
(٨) في (ع) : مكان [جنحة] بياض .
(٩) في سائر النسخ : [احابها] ، بدون نقط ، لعل الصواب ما أثبتناه .
(١٠) في (ص) : [الفعل] ، بدون نقطة .
(١١) في (ع) : [الأقبية] ، مكان : [الأفنية] ، وفي (ص) ، (م) : [يعطونها] ، وفي (ع) : [يغطونها] .
(١٢) في (ع) : [بمرتفعة] ، بزيادة الباء ، وفي (ص) ، (ع) : [ينكروها] بغير نون الجمع ، وفي (م) : [ينكررها] ، والصواب ما أثبتناه .

١٤٦٠١ - قالوا : الهواء تابع لقراره ؛ لأن من ملك القرار ملك الهواء ، ثم يثبت له أن ينتفع بالقرار على وجه لا يضر بالمارة والمجتازين ؛ فوجب أن ينتفع بالهواء على وجه لا يضرهم ، هذه علة من سوَّى بين الطريق النافذ وغير النافذ .

١٤٦٠٢ - قلنا : يبطل بالمساجد ، فلكل واحد من المسلمين الانتفاع بقرارها على وجه لا يضر أحدًا بها .

١٤٦٠٣ - ولأنه ينتفع بتراب الطريق على وجه لا ينفرد به ولا يقطعه عن غيره ، ولو أراد أن يقتطعه لم يجز وإن لم يضر [١] ، كما لو بنى في الطريق الواسع ، كذلك ليس له أن يقطع الهواء عن غيره فينفرد به وإن كان ذلك لا يضر .

١٤٦٠٤ - قالوا : ارتفق [٢] بما لا يتعين ملك أحد عليه من غير إضرار ؛ فوجب أن لا يمنع منه . أصله : الاجتياز في الطريق والجلوس فيه والاحتساب ، وهذه علة من فرق بين الشارع والدرب الذي لا ينفذ [٣] ، وهي فاسدة أيضًا ؛ لأنها تبطل إذا بني في الطريق الواسع مالا يضر ، أو بني في هواء [٤] المساجد .

١٤٦٠٥ - فإن قيل : قد يعتبر [٥] أن المساجد حق الله تعالى .

١٤٦٠٦ - قلنا : المساجد حق لجماعة المسلمين ، وحق الله تعالى يتعلق بها ، كالشوارع . وأصلهم : الاجتياز في الطريق ، وقد ثبت الفرق بينهما .

١٤٦٠٧ - ولأن ما يثبت [٦] فيه حق الغير لا يجوز أن يُقْتَطَع عن حقه ، سواء كان (غير معين أو) [٧] معينًا ، كمال بيت المال [٨] ، فلما ثبت أن الحق إذا ثبت في الطريق لمعين لم يجز أن يقتطع ، وهو الطريق [٩] الذي لا ينفذ ، كذلك ما يثبت [١٠] لغير معين .

---

(١) قوله : أن يقتطعه [أي أن يأخذ لنفسه وينفرد به ، راجع : النهاية] باب القاف مع الطاء (٨٢/٤) ، لسان العرب ، مادة : [قطع] (٣٦٧٧/٥) . وفي (م) ، (ع) : [وإن لم يعتبر] ، مكان : [وإن لم يضر] .

(٢) قوله : [ارتفق] أي : انتفع .

(٣) في (م) ، (ع) : [التي لا تنفذ] .

(٤) في (م) ، (ع) : [إذا بنى] ، مكان : [أو بنى] ، وفي سائر النسخ : [هوى] ، والصواب ما أثبتناه .

(٥) في (ص) : [تغير] .

(٦) في (م) ، (ع) : [ثبت] .

(٧) ما بين القوسين زيادة ، يقتضيها السياق .

(٨) يبدو أن عبارة ما سقطت بعد قوله : [كمال بيت المال] ، لعلها : أو غير معين .

(٩) في (ص) : [وهواء الطريق] .

(١٠) في (ع) : [كذ] ، مكان [كذلك] ، وفي (م) ، (ع) : [ثبت] ، مكان : [يثبت] .

١٤٦٠٨ - قالوا : أخرج جناحًا ، يجوز له إخراجه ، فلا يجوز [1] قلعه بغير إذنه ، [كما لو أخرج] [2] روشنًا إلى ملك نفسه .

١٤٦٠٩ - قلنا : إنما يجوز الإخراج عندنا إذا صح عدم المانع ، ولو لم يقصد لم يجز له ، فإذا طولب [3] في الثاني فقد زالت علة الجواز ، فصار كما لو كان المنع ابتداء .

١٤٦١٠ - ولأنه إذا أشرع في ملك نفسه لم يقتطع حقًّا لغيره ، فلم يعترض عليه ، وفي مسألتنا : قد اقتطع [4] حقًّا لغيره ، فجاز أن يمنع منه .

* * *

(١) في (م) ، (ع) : [فلا يجوز له] ، بزيادة : [له] .

(٢) الزيادة : أثبتناها لمقتضى السياق .

(٣) في (م) ، (ع) : [طول] ، مكان : [طولب] .

(٤) في (م) ، (ع) : [أقطع] .

مسألة ٧٢٧

التنازع في ملكية الحائط بين دارين

١٤٦١١ - قال أصحابنا : إذا كان الحائط بين دارين ولأحدهما عليه جذوع [١] وليس للآخر اتصال ولا جذوع ، فتنازعاه ، فصاحب [٢] الجذوع أولى ، وإن كان لأحدهما جذع [٣] واحد وليس للآخر الجذوع . ذكر الطحاوي في مختصره أنه إذا كان لأحدهما عليه حمولة خشب [٤] فهو أولى به ، وهذا يدل على أن صاحب الجذع الواحد أولى به . وقال في كتاب الصلح : إذا كان لأحدهما جذوع كثيرة ولآخر جذع واحد ، فلكل واحد منهما ما في يده ، فجعل الجذع الواحد يدًا ، وهنا يقتضي أن صاحب الجذع الواحد أولى [٥] .

١٤٦١٢ - وقال الشافعي : الحائط بينهما ولم يرجح بالجذوع ، وقال : إن كان [٦] لأحدهما اتصال أو كان عليه أزج [٧] ؛ فصاحب الاتصال والأزج أولى .

١٤٦١٣ - واتفق أصحابه : أن راكب البعير أولى من المتعلق بخطامه [٨] ، إلا المروزي فإنه قال : إنهما سواء [٩] .

١٤٦١٤ - لنا : أنهما لو تنازعا حائطًا [١٠] ولأحدهما عليه ما يبني له الحائط ،

---

(١) الجذع - بالكسر - : ساق النخلة ونحوها ، ويسمي سهم السقف جذعا ، والجمع جذوع ، وأجذاع . راجع : المصباح المنير ، مادة : [جذع] (٩١/١) ، المعجم الوسيط (١١٣/١) .

(٢) في (م) : [فينارعاة] ، وفي (م) ، (ع) : [لصاحب] .

(٣) في (م) ، (ع) : [جذوع] .

(٤) في (م) ، (ع) : [خشبة] .

(٥) راجع المسألة في : مختصر الطحاوي [كتاب الصلح] ص ٩٩ .

(٦) قوله : [إن كان] ساقط من صلب (ص) ، واستدركه في الهامش .

(٧) في النسخ جميعها : [أرح] ، والصواب . الأزج ، وهو بيت يبني طولًا ، وأزجته تأزيجًا إذا بنيته كذلك . ويقال : الأزج : السقف ، والجمع آزاج ، مثل سبب وأسباب . راجع : لسان العرب ، مادة : [أزج] (٧٠/١) ، المغرب ص٢٤ ، المصباح المنير (١٥/١) .

(٨) الخطام : حبل يجعل في عنق البعير ، ويثني في خطمه ، أي أنفه .

(٩) راجع المسألة في : الأم ، في [الصلح] (٢٢٥/٣) ، نهاية المحتاج [باب الصلح] (٤١٧/٤) ، قوانين الأحكام الشرعية ص٣٥٤ ، المغني [كتاب الصلح] (٥٦٢/٤ ، ٥٦٣) .

(١٠) في (م) ، (ع) : [تنازعا في الحائط] ، أي في حائط .

فوجب أن يكون أولى ممن له مجرد الاستظلال (١) ، كما لوكان لأحدهما عليه أزج .

١٤٦١٥ - ولا يلزم : [إذا كان لأحدهما اتصال توسع ، لأن له معنى زائدًا على الاستظلال .

١٤٦١٦ - ولا يلزم :] (٢) الجذع الواحد ؛ لأن صاحبه أولى .

١٤٦١٧ - ولا يلزم : الهوادي (٣) ؛ لأن الحائط لا يبني لأجلها (٤) .

١٤٦١٨ - ولا يقال : إن الأزج لا يمكن إحداثه إلا بعد كمال البناء ، لأن الأزج يحدث بعد تمام البناء قبل (٥) حد التعويج ، كما أن الجذوع توضع (٦) بعد إكمال البناء إلى حد الوضع ، ثم توضع (٧) الجذوع ويتمم البناء فوقها .

١٤٦١٩ - ولأنه حمل مقصود على ما يتنازعانه (٨) ؛ فكان صاحب الحمل أولي ممن (٩) لا ترجيح معه ، كمن نازع في جمل لصاحبه عليه حمل

١٤٦٢٠ - ولا يلزم : إذا كان الآخر راكبه ، أو كان لأحدهما اتصال ، لأن له ترجيحا (١٠) .

١٤٦٢١ - احتجوا : بقوله ﷺ : « البينة على المدعي ، واليمين على المدعى عليه » (١١) .

١٤٦٢٢ - قالوا : وكل واحد منهما مدعى عليه (١٢) .

---

(١) في (م) : [الاستقلال] .

(٢) ما بين المعكوفتين : [ساقط من صلب (ص) ، واستدركه في الهامش .

(٣) في جميع النسخ : [العراري] ، لعل الصواب ما أثبتناه . والهوادي جمع الهادية ، وهي : العصا ، والصخرة النابته في الماء . راجع : لسان العرب مادة : [هدي] (٤٦٤١/٦ ، ٤٦٤٢) ، المعجم الوسيط (٩٨٨/٢) .

(٤) في (ص) : [لأجل ما] ، مكان : [لأجلها] .

(٥) في (م) ، (ع) : [الذي قبل] ، بزيادة : [الذي] .

(٦) في (م) ، (ع) : [موضع] .

(٧) في (م) : [موضع] .

(٨) في (ص) : [بينازعانه] ، وفي (م) : [تنازعانه] .

(٩) في (م) ، (ع) : [فمن] .

(١٠) في سائر النسخ : [ترجيح] ، والصواب ما أثبتناه بالنصب .

(١١) في (م) ، (ع) : [واليمين على من أنكر] ، مكان المثبت . الحديث : تقدم تخريجه في مسألة (٦٣٣) ، بلفظ : [البينة على المدعي ، واليمين على من أنكر] ، وفي مسألة (٧١٥) ، بلفظ : [البينة على المدعي ، واليمين على المدعى عليه] .

(١٢) في (م) ، (ع) : [يدعى عليه] .

١٤٦٢٣ – الجواب [١] : أن المدعى عليه من شهد له الظاهر [٢] ، وصاحب الجذوع شهد له الظاهر ، فهو المدعى عليه ، والآخر لا ظاهر له فهو المدعي .

١٤٦٢٤ – ولأن مخالفنا سلم لنا أن صاحب الجذوع مدعى عليه [٣] ، فاقتضى الخبر أن القول قوله ، ثم زعم أن الآخر مثله ، ونحن لا نسلم هذا .

١٤٦٢٥ – قالوا : معنى حادثٌ في الحائط بعد بنائه ؛ فوجب أن لا تقوم به دعوى أحدهما قياسًا على التجصيص والتزويق [٤] على الجذع الواحد .

١٤٦٢٦ – قلنا : الترجيح أبدًا يقع في الأملاك بمعنى حادث [٥] [٦] ؛ ألا ترى : أنا نرجح في الدار بالسكنى وفي مدعي الدابة بالحمل ، وكل [٧] هذه المعاني حادثة .

١٤٦٢٧ – وقال الشافعي : بالأبرج [٨] و بالأزج ، وهو حادث بعد البناء ، [لأنه يبني الحائط أولًا إلى حد التعويج ثم يحدث التعويج عليه ، كما يبني الحائط ثم يوضع الخشب ، ثم يتمم البناء] [٩] بعد وضع الخشب [١٠] .

١٤٦٢٨ – ولأن التجصيص والتزويق معني لا يبني الحائط لأجله [١١] فلم يقع به الترجيح . والخشب معني يبني الحيطان لأجله في الغالب ، فالظاهر أن صاحب الخشب هو الذي بناه فلذلك رجح به .

١٤٦٢٩ – قالوا : لو كان له ساباط [١٢] على حائط بينه وبين الطريق وادعى أنه له ، كان صاحب الدار أولى به ، وإن كان له حمل يبني له الحيطان .

---

(١) في (م) ، (ع) : [والجواب] . (٢) قاعدة : « المدعى عليه من شهد له الظاهر » .

(٣) في (م) ، (ع) : [يدعي عليه] .

(٤) في (م) : [التخصيص] ، مكان : [التجصيص] ، والتجصيص : الطلاء بالجص ، والتزويق : التحسين والتزيين ، الجمع : تزاويق . راجع : المصباح المنير ، مادة : [جص[و[زوق] (٩٨/١ ، ٢٤٦) ، المعجم الوسيط (١٢٤/١ ، ٤٠٩) . (٥) في (م) ، (ع) : [لمعني حادثه] .

(٦) قاعدة : « الترجيح يقع في الأملاك بمعنى حادث » .

(٧) في (م) ، (ع) : [فكل] .

(٨) في (ص) : [انر آرح] بدون نقط ، وفي (م) ، (ع) : [اترراج] ، ولعل الصواب ما أثبتناه .

(٩) ما بين المعكوفتين : ساقط من (م) ، (ع) .

(١٠) قوله : [بعد وضع الخشب [ساقط من صلب (ص) ، واستدركه في الهامش .

(١١) في (م) ، (ع) : [أصله] ، مكان : [لأجله] .

(١٢) الساباط : سقيفة تحتها ممر نافذ ، والجمع : سوابط وساباطات .

١٤٦٣٠ - قلنا : هذا غير مسلَّم ، ويجب أن يكون الحائط لصاحب الساباط ، وقد قال في الأصل : إن صاحب الجذوع أولى من صاحب الاتصال [١] ، وهذا هو الحائط بملكه [٢] .

١٤٦٣١ - قالوا : كل مالا يكون [٣] القليل منه يدًا [٤] ، لا يكون الكثير منه [٥] يدًا ، كالتزويق [٦] .

١٤٦٣٢ - قلنا : إن أردت الجذع الواحد فهو غير مسلم على ما بينا ، وإن أردت الهوادي فليست محمولة على الحائط ، ولا هي من عمل الحائط في العادة ، وعندنا أن الحمل على الحائط يد ، وقليل ذلك وكثيره سواء ، فأما القليل الذي ليس بحمل فلا يلزمنا .

١٤٦٣٣ - قالوا : الحائط قبل وضع الجذوع كان بينهما ، وإذا وضع الجذوع جاز أن يكون وضعها لحق ، وجاز أن يكون ظلمًا وتعديًا ، وجاز أن يكون القاضي قضى عليه بوضع جذوع جاره عليه ، لأن من الناس من يقول : « إن الجار يجبر على تمكين جاره من وضع [٧] الخشب » فإذا كان كذلك لم يقع به ترجيح حتى يعلم على أي وجه وضعت .

١٤٦٣٤ - قلنا : الراكب أولى من غيره ، والركوب معني حادث يجوز أن يكون بحق ، ويجوز أن يكون بغير حق ، ويجوز أن يكون بغصب [٨] وتعدٍّ ، ويجوز أن يكون اضطر إلى الركوب ، ومع ذلك لا يمنع أن يقع فيه الترجيح ، كذلك وضع الخشب . يبين ذلك أن : الحائط إلى حد التعويج لو تنازعاه كان بينهما ، ثم يحدث الأزج فيجوز أن يكون حدث بحق ، ويجوز أن يكون حدث باطلًا وغصبًا [٩] ، ثم وقع الترجيح بيد باتفاق ، كذلك ههنا .

* * *

(١) في (م) : [الإيصال] .
(٢) في (م) : [يملكه] .
(٣) في (ص) : [ما يجوز] ، وفي (م) ، (ع) : [ما لا يجوز] ، مكان : [ما لا يكون] ، وما أثبتناه أصح .
(٤) في سائر النسخ : [يد] .
(٥) لفظ : [منه [ساقط من (م) ، (ع) .
(٦) قاعدة : « كل ما لا يكون القليل منه يدًا لا يكون الكثير منه يدا » .
(٧) الزيادة : من (م) ، (ع) .
(٨) في (م) ، (ع) : [بعضه] ، مكان : [بغصب] .
(٩) في سائر النسخ : [باطل وغصب] ، والصواب ما أثبتناه بالنصب .

مسألة ٧٢٨

وضع خشبة على حائط الجار دون إذنه

١٤٦٣٥ - قال أصحابنا : ليس للرجل وضع خشبة على حائط جاره إلا بإذنه [١] .

١٤٦٣٦ - وقال الشافعي في قوله القديم : له ذلك بغير إذنه

١٤٦٣٧ - قال [٢] أصحابه : يعتبر فيه شرطان ، أحدهما : أن يكون خشبًا خفيفًا لا يضر بالحائط ضررًا بينًا ، والثاني : أن لا يصح في ملكه حائطان [٣] يضع عليهما ، مثل أن تكون أرضه مداخِلةً [٤] لدار جاره ، فلأنه حيطان منها للجار [٥] .

١٤٦٣٨ - لنا : حديث ابن عباس ﷺ أن النبي ﷺ قال في خطبته في حجة الوداع : « ألا وإن المسلم أخو المسلم ، لا يحل دمه ولا شيء من ماله إلا بطيب نفس منه » [٦] .

١٤٦٣٩ - ولأنه يبني [٧] لنفسه على حائط لا حق له فيه ؛ فوجب أن لا يجوز إلا بإذن مالكه ؛ أصله : إذا قدر على [٨] أن يضع الخشب على حيطانه .

١٤٦٤٠ - ولا يلزم : صاحب العلو ؛ لأن له حقا في حائط صاحب السفل ،

---

(١) راجع المسألة في : روضة القضاة « كتاب الصلح » ، « فصل وضع خشبة على حائط الجار » (٧٧٤/٢) ، المسألة (٥٢١٥) .

(٢) في (ع) : [وقال] ، بزيادة الواو .

(٣) في سائر النسخ : [حائطين] ، والصواب ما أثبتناه مرفوعا بالألف . أي لا يصح وضع الخشب في ملك غيره حال كونه يملك حائطين يضع عليهما .

(٤) في (ص) ، (م) : [مداخله [بالهاء المهملة .

(٥) في سائر النسخ : [فلأنه] . راجع تفصيل المسألة في : المهذب مع تكملة المجموع الثانية « كتاب الصلح » (٤٠٥/١٣ - ٤٠٩) ، نهاية المحتاج « باب الصلح » ، « فصل في التزاحم على الحقوق المشتركة » (٤٠٤/٤ ، ٤٠٥) ، المنتقي « كتاب الاقضية » ، « فصل القضاء في المرفق » (٤٣/٦) ، الكافي « باب جامع الأحكام والأقضية » (٩٤٢/٢) قوانين الأحكام الشرعية ، « الكتاب الخامس » في « الأقضية » ، « الباب الخامس عشر في المرافق » ص٣٥٤ .

(٦) في (م) ، (ع) : [إلا بطيب] مكان : [إلا بطيبة] . والحديث أخرجه الدارقطني بهذا اللفظ في السنن « كتاب البيوع » (٢٥/٣) ، الحديث (٨٧) ، والبيهقي نحوه في الكبرى « كتاب الغصب » ، « باب لا يملك الغصب » ، « باب لا يملك أحد بالجناية شيئًا » (٩٧/٦) .

(٧) لفظ : [يبني] ساقط من (ع) . (٨) لفظ : [على] ساقط من (م) ، (ع) .

بدلالة : أن له أن يمنعه من فتح باب فيه .

١٤٦٤١ – ولأنه ملك لجاره ؛ فلا يجوز أن يشغله بخشبة [1] [بغير رضاه ، أصله : إذا كان الخشب يضر به] [2] .

١٦٨/أ ١٤٦٤٢ – ولأن من لا يجوز له وضع الخشب على حائط غيره إذا / أضر به ، لم يجز وإن لم يَضُرَّ به ، أصله : إذا كان له حائط آخر .

١٤٦٤٣ – ولأنه لا يجوز أن يبني إذا وجد حائطًا غيره ؛ فلا يجوز وإن لم يجد [3] ، كالجار المحاذي إذا كان بينهما الطريق .

١٤٦٤٤ – احتجوا : بما روى أبو هريرة ﷺ أن النبي ﷺ قال : « من منع فضل الماء ليمنع به الكلأ منعه الله فضل رحمته يوم القيامة » [4] .

١٤٦٤٥ – قلنا : الماء غير مملوك لصاحب الري ، بل حق جميع الناس فيه ، والكلأ لا يمنعه صاحب الأرض ، فيمنع الناس حقهم من الماء خوفًا على ما لا يملكه من الكلأ ؛ وفي مسألتنا : يمنعهم من الحائط الذي في ملكه ، وليس أحدهما من الآخر في شيء .

١٤٦٤٦ – قالوا : روى مالك ، عن الزهري ، عن عبد الرحمن الأعرج [5] ، عن أبي هريرة ﷺ أن النبي ﷺ قال : « لا يمنع أحدكم جاره أن يضع خشبة في جداره ، فنكس القوم رؤوسهم ، فقال أبو هريرة : مالي أراكم عنها معرضين ، والله لأرمينها بين أكتافكم » [6] .

---

(١) في (م) ، (ع) : [بخشب] .
(٢) ما بين المعكوفتين : ساقط من (م) ، (ع) .
(٣) في (م) ، (ع) : [لم يوجد] .
(٤) أخرجه الشافعي بهذا اللفظ في المسند « كتاب البيوع » ، « الباب الأول فيما نهي عنه من البيوع » (١٥٣/٢) ، الحديث (٥٣٠) ، والبخاري بلفظ : [لا يمنع فضل الماء ليمنع به الكلأ] في الصحيح « كتاب المساقاة » ، « باب من قال إن صاحب الماء أحق بالماء حتى يروي » (٥١/٢) ، ومسلم في الصحيح « كتاب المساقاة » ، « باب تحريم فضل بيع الماء » (١١٩٨/٣) ، الحديث (١٥٦٦/٣٦) .
(٥) في (م) ، (ع) : [عبد الرحمن بن الأعرج] ، وهو خطأ .
(٦) أخرجه مالك بهذا الإسناد باختلاف يسير في اللفظ ، في الموطأ « كتاب الأقضية » ، « باب القضاء في المرفق » (٧٤٥/٢) ، الحديث (٣٢) ، والبخاري في الصحيح « كتاب المظالم » ، « باب لا يمنع جار جاره أن يغرز خشبة في جداره » (٦٩/٢) ، ومسلم في الصحيح « كتاب المساقاة » ، « باب غرز الخشب في جدار الجار » (١٢٣٠/٣) ، الحديث (١٣٦ / ١٦٠٩) . كما أخرجه أحمد في المسند (٢٤٠/٢) ، وأبو داود في السنن « كتاب الأقضية » ، « أبواب من القضاء » (٣٠٨/٢) وابن ماجه في السنن « كتاب الأحكام » ، « باب يضع خشبه على جدار جاره » (٧٨٣/٢) ، الحديث (٢٣٣٥) .

١٤٦٤٧ - الجواب [١] : أن معناه لا يمنعه من وضع خشبة على حائط نفسه ، وتكون فائدته أن الجار لا يعارض جاره [٢] في ملكه وإن كان يعلو عليه ، وهذا أولى ؛ لأنا رددنا الكناية إلى أقرب المذكورين .

١٤٦٤٨ - ولأن هذا يحتمل أن يكون في بدء الإسلام ، فنسخ [٣] بقوله عليه [الصلاة و] السلام : « لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب نفس منه » [٤] .

١٤٦٤٩ - ولأنه خبرٌ واحدٍ ورد مخالفًا [٥] للأصول ؛ فلا يجوز قبوله على ظاهره .

* * *

(١) في (م) ، (ع) : [والجواب] .

(٢) في (ع) : [الجار] .

(٣) في (ص) ، (ن) : [بدء] ، مكان : [بدو] وهما بمعنىً إلا (البدو) هو الظهور وفي (م) ، (ع) : [نسخ] ، بدون الفاء .

(٤) تقدم تخريجه في هامش (٦) من هذه المسألة .

(٥) في (م) ، (ع) : [مخالفونا] .



اختلاف صاحبي العلو والسفل في السقف

١٤٦٥٠ - قال أصحابنا : إذا اختلف صاحب العلو [١] وصاحب السفل في السقف ، فهو لصاحب السفل [٢] .

١٤٦٥١ - وقال الشافعي : هو بينهما [٣] .

١٤٦٥٢ - لنا : حديث ابن عباس ﷺ أن النبي ﷺ قال : « لو أُعْطِيَ الناس بدعواهم ، لادعى [٤] قوم دماء قوم وأموالهم ، لكن البينة على المدعي ، واليمين على من أنكر » [٥] ، فأسقط باليمين الدعوي ؛ ومعلوم أن صاحب السفل يجب عليه اليمين ، فوجب أن يدفع بها صاحب العلو ، وهذا يمنع أن يستحق شيئًا .

١٤٦٥٣ - ولأنهما تنازعا محمولًا على ملك أحدهما ؛ فوجب أن يكون أولى به إذا لم يكن مع الآخر ترجيح ، كما لو اختلفا في متاع محمول على بعير أحدهما .

١٤٦٥٤ - ولا يلزم : إذا كان الآخر راكبًا فوق المتاع ؛ لأن معه ترجيحًا .

١٤٦٥٥ - ولا يلزم : بناء العلو ؛ لأن صاحب السفل سلم بناء العلو لصاحب العلو .

١٤٦٥٦ - فإن قيل : إذا اختلفا في المتاع المحمول ، فليس للآخر يد ولا تصرف ، فكان صاحب البهيمة أولى ، وفي مسألتنا : لصاحب العلوِّ يد على السقف وانتفاع يساوي صاحب السفل ، فصار [٦] وزانه من الحمال أن يكونا راكبين فوق المتاع .

---

(١) في (م) : [العلق] ، مكان : [العلو] .

(٢) راجع المسألة في : روضة القضاة « كتاب الصلح » ، في « النزاع على السقف » (٧٧٣/٢) ، المسألة (٥٢٠٧) .

(٣) راجع المسألة في : الأم ، في [الصلح] (٢٢٦/٣) ، نهاية المحتاج [باب الصلح] (٤١٩/٣) ، قوانين الأحكام الشرعية ، [باب جامع الأحكام والأقضية[ص٣٥٥ ، الإفصاح [باب التنازع في الجدار] (٣٧٩/١) ، المغني [كتاب الصلح] (٥٦٤/٤) .

(٤) في (ص) : [لا أدعى] ، وهو خطأ .

(٥) حديث ابن عباس (ﷺ) : أخرجه البيهقي بنحو هذا اللفظ ، في الكبرى « كتاب الدعوى » ، « باب البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه » (٢٥٢/١٠) . كما تقدم تخريجه .

(٦) في (م) ، (ع) : [وصار] .

١٤٦٥٧ – قلنا : لا نسلم أنه لا يد لأحدهما في المتاع ، لأنهما إذا كانا عنده واقفين [١] فيدهما عليه ، بدلالة : أن الحمل لو لم يمكنهما تناوله ، ونازعهما أجنبي كانا أولى به منه .

وعلى طريقة ، من يقول من أصحابنا : إن البناء لصاحب العلو يقول : تنازعا محمولًا على ما هو ملك لأحدهما باتفاق ، فإذا لزم بناء العلو ، قال : ذلك محمولة على السقف ، وقد اختلف في كونه لأحقهما .

١٤٦٥٨ – ولأن يد صاحب السفل أسبق إلى السقف ، لأن الإنسان يبني ويسقف ثم يبني عليه علوًا ، فإذا كان يده أسبق كان أولى ، كالحائط المداخل لأحدهما .

١٤٦٥٩ – ولا يلزم : صحن الدار إذا كان تحته سرداب [٢] لرجل فتنازعا في الصحن ، لأنه ملك لصاحب السرداب عندنا ، ولهذا قال أبو حنيفة : لا يكون لصاحب العلو نقضه لتعلق صاحب السفل بالسقف .

١٤٦٦٠ – ولأنه سقف ببيته ؛ فوجب أن يكون أولى به عند التنازع ، كما لو اختلفا في السقف الثاني الذي فوق العلو أن صاحب العلو أولى .

١٤٦٦١ – احتجوا : بأنه حاجز بين ملكيهما غير متصل ببناء أحدهما اتصال البنيان ، فوجب أن يكون في أيديهما ، أصله : الحائط بين الدارين .

١٤٦٦٢ – قلنا : جذوع السقف مداخِلَةٌ لبناء صاحب السفلُ سابقةٌ [٣] لبناء العلو ، فهو كاتصال ببناء أحدهما .

١٤٦٦٣ – ولأن الحائط بين الدارين ليس بمبني على ملك أحدهما ، وفي مسألتنا : الجذوع محمولة على بناء أحدهما ، فوزان السقف من الحائط أن يكون مبنيا في عرصة أحدهما ، فصاحب العرصة أولي به وإن حجز بين ملكيهما ، ووزان [٤] الحائط في مسألتنا أن يكون حيطان السقف بينهما .

١٤٦٦٤ – قالوا : إنه متصل بملكيهما اتصالًا واحدًا ، وكل واحد منهما يتصل به ، لأنه ظل صاحب السفل من الشمس والمطر ، وقرار صاحب العلو يجلس عليه ويضع

---

(١) في (ع) : [عبده] ، مكان : [عنده] ، وفي سائر النسخ : [واقف] ، لعل الصواب ما أثبتناه بالنصب والتثنية .

(٢) السرداب : بناء تحت الأرض ، يلجأ إليه من حر الصيف ، والجمع : سراديب . راجع : المصباح المنير ، مادة : [سرد] (٢٥٧/١) ، المعجم الوسيط (٤٢٨/١) .

(٣) في (م) ، (ع) : [مداخلة سابقًا] ، مكان : [سابقة] .

(٤) في (م) ، (ع) : [وزان] بدون العطف .

متاعه ، فكانا سواء فيه .

١٤٦٦٥ – قلنا : انتفاع صاحب العلو به معنى حادث بعد كونه ظلا لصاحب السفل ، فكان الأولى على قول مخالفنا أن لا نرجح [١] بذلك ، كما لم يرجع ملك الحائط بوضع الجذوع الحادثة [٢] بعد بنائه والحكم به لهما .

* * *

(١) في (ع) : [أن لا ترجح] بالتاء .

(٢) في (م) ، (ع) : [فوضع الجذوع الحادث] ، مكان المثبت .



مسألة ٧٣٠

إجبار صاحب السفل على بناء سقف بينهما قد تهدم

١٤٦٦٦ - قال أصحابنا : إذا كان [1] السفل لواحد والعلو لآخر فانهدما ، لم يجبر صاحب السفل على البناء ، فإن بني صاحب العلو كان له ذلك ، ويمنع صاحب السفل من الانتفاع [2] حتى يرد عليه النفقة في إحدى [3] الروايتين ، أو قيمة [4] ما عمل في الرواية الأخرى [5] .

١٤٦٦٧ - وقال الشافعي في قوله القديم : يجبر صاحب السفل على البناء ، فإن أراد صاحب العلو أن يبني لم يكن لصاحب السفل منعه ، فإن بني الحيطان بآلتهما فهي لصاحب السفل فله [6] الانتفاع بها ، فإن بناها بآلة جددها [7] فالحيطان له ، وليس له منع صاحب السفل من السكنى ، وله أن يمنعه من الانتفاع بالحائط ، ولا يجوز أن يوتد فيه وتدًا ، فإن اختار صاحب العلو أن يهدمه كان له ذلك [8] .

١٤٦٦٨ - لنا : حديث أبي سعيد ﷺ « أن النبي ﷺ قال : « لا ضرر ولا ضرار من ضار ضاره [9] اللَّه ، ومن شاق شاقه اللَّه » [10] ، وهذا قد شق وأضر ، فوجب أن يشق

---

(١) لفظ : [كان] ساقط من صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش .

(٢) في (م) ، (ع) : [من الانتفاع بالحائط [بزيادة : [بالحائط] .

(٣) في (ص) : [أحد] .	(٤) في (م) ، (ع) : [وقيمة] بالواو .

(٥) راجع المسألة في : مختصر الطحاوي « كتاب الصلح » ص٩٩ ، روضة القضاة « كتاب الصلح » ، « فصل انهدام السفل والعلو » (٧٧٣/٢) ، المسألة (٥٢٠٩) .

(٦) في (ص) : [وله] .	(٧) في (م) ، (ع) : [جددها] .

(٨) راجع المسألة في : الأم ، في [الصلح] (٢٢٦/٣) ، المهذب مع تكملة المجموع الثانية « كتاب الصلح » (٤١٨/١٣ - ٤٢٠) ، الكافي لابن عبد البر « باب جامع الأحكام والأقضية » (٩٤٩/٢ ، ٩٥٠) ، قوانين الأحكام الشرعية « الباب الخامس عشر في المرافق ومنع الضرر » ص٣٥٥ ، الإفصاح « باب التنازع في الجدار » (٣٨٠/١ ، ٣٨١) ، المغني « كتاب الصلح » (٥٦٨/٤) ، الكافي لابن قدامة « باب الصلح فيما ليس بمال » (٢١٦/٢) .

(٩) في (م) ، (ع) : [ولا إضرار] ، مكان : [ولا ضرار] ، وفي (ع) : [ضره] ، مكان : [ضاره] .

(١٠) أخرجه الدارقطني بنحو هذا اللفظ ، في السنن « كتاب البيوع » (٧٧/٣) ، الحديث (٢٨٨) ، والحاكم في المستدرك « كتاب البيوع » ، في « النهي عن المحاقلة والمخاصرة والمنابذة » (٥٧/٢ ، ٥٨) ، والبيهقي في الكبرى « كتاب الصلح » ، « باب لا ضرر ولا ضرار » (٦٩/٦) .

عليه بالمنع [1] من الانتفاع .

١٤٦٦٩ – ولأنه يستحق الحمل على بناء غيره ، فإذا أنفق عند الحاجة كان له أن يرجع عليه . أصله : إذا كان صاحب السفل أذن له القاضي في أن يستدين [2] عليه .

١٤٦٧٠ – ولأنه حائط له حق [3] الوضع عليه عند امتناع صاحبه [4] ، فكان له المنع من الانتفاع به ، كما لو بناه بآلة نفسه .

١٤٦٧١ – ولأن من جاز له البناء [في ملك غيره ، لم يكن متبرعا بالإنفاق [5] ، كالأب ، والوصي ، ومن كان متبرعا بالإنفاق لم يكن مأذونا] [6] في البناء ، كمن لا حق له في البناء .

١٤٦٧٢ – احتجوا : بأنه ملك لو انفرد به لم يجبر على الإنفاق ، فإذا لم ينفرد به لم يجبر ، كأرض بين شريكين أراد أحدهما بناؤها أو زرعها فامتنع الآخر .

١٤٦٧٣ – الجواب [7] : أن هناك يمكن التخلص من ضرر الشركة بالقسمة ، فلا يحتاج إلى الإنفاق في ملك غيره .

١٤٦٧٤ – وفي مسألتنا : لا يتمكن من التخلص من الضرر ، فلذلك صار ما ينفقه دينًا على شريكه .

* * *

---

(١) في (م) ، (ع) : [أن شق] ، مكان : [أن يشق] ، وفي جميع النسخ : [من المنع] ، مكان : [بالمنع] ، والصواب ما أثبتناه .

(٢) في (ع) : [أن لمستدين] .

(٣) لفظ : [حق] ساقط من صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش .

(٤) لفظ : [صاحبه] ساقط من (ع) .

(٥) قاعدة : « من جاز له البناء في ملك غيره لم يكن متبرعًا بالإنفاق » .

(٦) ما بين المعكوفتين : ساقط من (م) ، (ع) .

(٧) في (م) ، (ع) : [والجواب] .



إجبار أحد الشريكين على إصلاح الدولاب وكري النهر المشتركين

١٤٦٧٥ - قال أصحابنا في الدولاب المشترك ، والنهر المشترك : إذا امتنع أحد الشريكين من كري [1] النهر وإصلاح الدولاب أجبر عليه ، فإن أنفق الشريك [كان ذلك دينا على شريكه] [2] يأخذه منه [3] .

١٤٦٧٦ - وقال الشافعي في قوله [4] القديم : يجبر ، وفي قوله الجديد : لا يجبر [5] .

١٤٦٧٧ - لنا : حديث أبي سعيد ﷺ « أن النبي ﷺ قال : « من ضار ضاره [6] الله ومن شاق شاق الله عليه » [7] ، وهذا قد أضر ، فوجب أن يشق عليه . ولأنه مشترك لا يفسخ [8] ؛ فوجب أن يجبر الممتنع منهما على الإنفاق [9] مع شريكه عند الحاجة ، كالدار المشتركة ، والعبد المشترك [10] .

١٤٦٧٨ - فإن قيل : المعنى فيه : أنْ [11] يجبر على الإنفاق إذا انفرد به .

---

(١) والكَرْيُ هنا بمعنى : الحفر : جاء في اللسان : كرا الأرض كرْوًا : حفرها وهو من ذوات الواو والياء راجع مادة (كرا) (٣٨٦٦/٥) .

(٢) ما بين المعكوفتين : ساقط من صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش .

(٣) راجع المسألة في روضة القضاة « كتاب الصلح » (٧٧٣/٢ ، ٧٧٤) ، المسألة (٥٢١١ - ٥٢١٤) .

(٤) الزيادة : من (م) ، (ع) .

(٥) راجع المسألة في : الأم ، في « الصلح » (٢٢٦/٣) ، نهاية المحتاج « باب الصلح » ، « فصل في التزاحم على الحقوق المشتركة » (٤١١/٤) ، الكافي لابن عبد البر ، « باب جامع الأحكام والأقضية » (٩٤٥/٢ ، ٩٤٦) ، قوانين الأحكام الشرعية ، « الباب الخامس عشر » في « المرافق ومنع الضرر » ص٣٥٦ ، الإفصاح « باب التنازع في الجدار » (٣٨٠/١) ، المغني « كتاب الصلح » (٥٦٩/٤ ، ٥٧٠) الكافي لابن قدامة ، « باب الصلح فيما ليس بمال » (٢١٧/٢ ، ٢١٨) .

(٦) في (ع) : [ضره] .

(٧) في (م) ، (ع) : [شاقه الله عليه] . والحديث : تقدم تخريجه في مسألة (٧٣٠) هامش (١٠) .

(٨) في (ص) ، (م) : [لا يفسح] بالحاء المهملة .

(٩) في (م) ، (ع) : [فوجب أن يجبر المنع منهما عليه الانفاق] ، مكان المثبت .

(١٠) قوله : [والعبد المشترك] ساقط من (م) ، (ع) .

(١١) في (ع) ، (ن) : [أنه] بدون الهاء .

١٤٦٧٩ - قلنا : لا نسلم هذا في الدابة ؛ لأنا نثبته [١] بالنفقة ولا نجبره ، وأما العبد إذا انفرد أجبرناه لما في كونه (الواجب) [٢] الذي لا يتخلص منه إلا بالنفقة ، وكذلك في حالة [٣] الاشتراك ، فأما النهر فيوجد الإضرار بالغير بهذا الاشتراك ولا يوجد حال الانفراد ، فلذلك اختلفت [٤] الحالات .

١٤٦٨٠ - ولأن الإنفاق ينتفع به المطالب في ملك مشترك [٥] ، فجاز أن يجبر عليه في غير الحيوان ، كالقسمة .

ولا يلزم : إذا طلب أحدهما الزرع أو البناء ، لأن هذا كله من جهة الإنفاق ، والتعليل لجملة الإنفاق ، وقد يثبت الإجبار [٦] على نوع منه ، فلا يلزم أعيان المسائل .

١٤٦٨١ - احتجوا : بأنه ملك لو انفرد به لم يجبر على الإنفاق عليه ، كذلك [٧] إذا كان مشتركًا ، كما لو طلب زراعة الأرض ، أو إذا [٨] اقتسما الدار المشتركة فطالب أحدهما ببناء حاجز بينهما .

١٤٦٨٢ - قلنا : إذا انفرد بالنهر فإنه يسقط حق نفسه ، وإذا كان مشتركًا فيسقط حق غيره ، [وليس إذا أمكن الإنسان من إسقاط حق نفسه ما يجب أن ينزل حتى يسقط حق غيره] [٩] . والمعني في الأصل : أنه يمكن التخلص من الضرر بغير الإنفاق ، لأن الأرض تنقسم فيزرع المطالب في حق نفسه فيبني المطالب لبناء الحاجز [١٠] حائطًا في نصيبه . وأما النهر فلا يمكن التخلص من الضرر بغير إنفاق ؛ لأن قسمته لا تجوز [١١] .

* * *

---

(١) في جميع النسخ : [سنه [بدون نقط ، لعل الصواب ما أثبتناه ، يقال : أثبت فلانا ، أي حبسه . المعجم الوسيط (٩٣/١) .

(٢) في (ص) : [لونه] ، مكان : [كونه] ، وفي سائر النسخ : مكان ما بين القوسين بياض وقد قدرناه بهذا ليستقيم المعنى بأقل تغيير .

(٣) في (م) ، (ع) : [حال] .

(٤) في (م) ، (ع) ، (ن) : [اختلفت] ، وفي (ص) [اختلف] .

(٥) في (م) ، (ع) : [الطالب] ، مكان : [المطالب] ، وفي (ع) : [مشتري] ، مكان : [مشترك] .

(٦) في (م) ، (ع) : [ثبت] ، مكان : [يثبت] ، وفي (م) : [الإخبار] ، مكان : [الإجبار] .

(٧) في (م) ، (ع) : [وكذلك] .

(٨) لفظ : [إذا] ساقط من (م) ، (ع) .

(٩) ما بين المعكوفتين : ساقط من (م) ، (ع) .

(١٠) في (م) ، (ع) : [لنا] ، مكان : [لبناء] ، وفي (ع) : [الحاج] مكان : [الحاجز] .

(١١) في (م) ، (ع) : [لا يجوز] .


مسألة ٧٣٣

الصلح على المجهول

١٤٦٨٣ - قال أصحابنا : يصح الصلح على المجهول (١) .

١٤٦٨٤ - وقال الشافعي : لا يجوز (٢) .

١٤٦٨٥ - لنا : ما روي « أن النبي ﷺ بعث عليًا إلى بني جذيمة (٣) حين قتل خالد بن الوليد في مأمنهم ، ودفع إليه مالاً وأمره بأن يفدي لهم قتلاهم وما استهلك من أموالهم ، فرد على ﷺ(٤) ، كل ما أخذ منهم حتى ميلغة (٥) الكلب ، وبقي في يده بقية من مال ، فقال (٦) : أعطيكم هذا لما لا تعلمونه (٧) ولا يعلمه رسول الله ﷺ فأخبر به (٨) النبي ﷺ ، فسر به (٩) ، وقال : « ما يسرني بها حمر النعم » (١٠) ، وهذا صلح عن (١١) مجهول وأجازه رسول الله / ﷺ . ١٦٨/ب

(١) مثال ذلك : لو ادعى حقًّا في دار إنسان في يده ولم يُسمّ الحق فاصطلحا على أن يعطي المدعى عليه مالاً معلومًا . راجع تفصيل المسألة في : معين الحكام [الباب السادس والعشرون في القضاء بالصلح بين الخصمين ص١٢٤ ، بدائع الصنائع « كتاب الصلح » ، « فصل : وأما الذي يرجع إلى المصالح عنه » (٤٩/٦) ، مجمع الأنهر [كتاب الصلح] (٢٩٨/٢) .

(٢) راجع المسألة في : الأم ، في [الصلح] (٢٢١/٣) ، تكملة المجموع الثانية « كتاب الصلح » (٣٨٨/١٣) . الكافي لابن عبد البر « كتاب الصلح » (٨٨١/٢) ، « فصل والصلح جائز باتفاق » ، في هامش بصيرة الحكام (٢٤٧/٢) ، شرح الزرقاني « باب الصلح » ص٢٥٢ .

(٣) في سائر النسخ : [بني خزيمة] ، والصواب ما أثبتناه كما تقدم قبلًا بالإفادة مما ورد في سيرة ابن هشام .

(٤) في جميع النسخ : [على عليه السلام] ، وما أثبتناه أنسب

(٥) الميلغة : الإناء الذي يلغ فيه الكلب . راجع النهاية (٢٢٦/٥) .

(٦) في (م) ، (ع) : [وقال] .

(٧) في (م) ، (ع) : [يعلمونه] .

(٨) في (م) ، (ع) : [فأخبره] .

(٩) قوله : [فسر به] ساقط من (م) ، (ع) ، و من صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش .

(١٠) في (م) ، (ع) : [ما سوي] ، مكان : [ما يسرني] ، وفي (ع) : [بهما] ، مكان : [بها] . وقد أخرجه ابن هشام بألفاظ متقاربة ، في السيرة ، في « مسير خالد بن الوليد بعد الفتح إلى بني جذيمة » (٤٢٨/٢) ، والطبري في تاريخ ، في « ذكر الخبر عن فتح مكة » (١٢٤/٣) ، وابن حزم في المحلي بالآثار « كتاب الصلح » (٤٧١/٦) ، المسألة (١٢٧٣) ، وابن كثير في البداية والنهاية ، في « صفة دخوله ﷺ مكة » (٣١٣/٤) .

(١١) لفظ : [عن] ساقط من (ع) .

١٤٦٨٦ - ولأنه إسقاط حق ، فصح في المجهول ، كالعتاق .

١٤٦٨٧ - ولأنها جهالة لا تؤثر في التسليم فلا تؤثر في الصلح ؛ كجهالة القيمة . ولأنه دين واجب ، فجاز الصلح عنه ، كما لو قال : صالحتك من درهم إلى ألف .

١٤٦٨٨ - احتجوا : بأنه أحد عوضى الصلح ، فوجب أن لا يصح حتى يكون معلومًا ، كالمال المصالح به .

١٤٦٨٩ - الجواب : أن المال المصالح به يجوز أن يكون مجهولًا إذا كانت الجهالة لا تؤثر في تسليمه ، كما لو صالح على ألف [1] من الدراهم وعلى صبرة طعام [2] لا يعرف كيلها ، وإنما تؤثر الجهالة متي أضرت في التسليم ، وجهالة المصالح عنه لا تؤثر في التسليم ، لأنه في يد المدعى عليه أو في ذمته [3] ، فلا يفتقر إلى التسليم .

١٤٦٩٠ - ولأنه لو صالح من حق له عليه مجهول على حق [4] يدعيه الآخر عليه ، كذلك ما أسقط [5] كل واحد منهما جاز عندنا مع وجود الجهالة للطرفين في المعني الذي ذكرنا .

* * *

(١) قوله : [على ألف] ساقط من (م) ، (ع) .

(٢) في (م) ، (ع) : [طعامًا] .

(٣) قوله : [أو في ذمته] ساقط من صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش .

(٤) قوله : [على حق] ساقط من (ع) .

(٥) في (ص) ، (م) : [ما سقط] ، وفي (ع) : [فأسقط] ، مكان : [ما أسقط] ، لعل الصواب ما أثبتناه .


مسألة ٧٣٣

الصلح على أكثر من قيمة عبد أتلفه

١٤٦٩١ – قال أبو حنيفة : إذا أتلف [١] عبدًا قيمته ألف ، فصالحه على ألف ومائة ، جاز [٢] .

١٤٦٩٢ – وحكى أصحابنا عن الشافعي : أنه لا يجوز . وما وجدْتُ هذه لهم [٣] .

لنا : أنه متلف قيمته ألف ؛ فجاز أن [٤] يصالح على أكثر منها ، كما لو أتلف مكيلًا .

١٤٦٩٣ – ولأنه سبب يضمن به العبد ، فجاز الصلح على أكثر من قيمته .

١٤٦٩٤ – ولأن ما جاز الصلح عنه على قيمته جاز على أكثر منها ، كالرطب إذا انقطع من أيدي الناس .

* * *

(١) في (م) ، (ع) : [تلف] .

(٢) راجع المسألة في : روضة القضاة « كتاب الصلح » ، « فصل على عبد مغصوب » (٧٧١/٢ ، ٧٧٢) ، المسألة (٥١٩٥) .

(٣) راجع المسألة في : تكملة المجموع الثانية ، « كتاب الصلح » (٣٨/١٣) ، المغني « كتاب الصلح » (٥٤٥/٤) ، الكافي لابن قدامة « كتاب الصلح » (٢٠٦/٢) .

(٤) لفظ : [أن] ساقط من (م) ، (ع) .



مَوْسُوعَة

القواعد الفقهية المقارنة

المسمّاة

التجريد

كتاب الحوالة



يشترط رضا المحال عليه في صحة الحوالة

١٤٦٩٥ - قال أصحابنا : رضا المحال عليه شرط في صحة الحوالة ، وهذا ظاهر الأصل والمختصرات (١) .

١٤٦٩٦ - وقال الشافعي : إذا كان على المحال عليه دين ، فرضاه ليس بشرط (٢) .

١٤٦٩٧ - لنا : أنها حوالة بدين ، فاعتبر فيها رضا المحال ، كما لو لم يكن عليه دين .

١٤٦٩٨ - ولأن من اعتبر رضاه في الحوالة إذا لم يكن على المحال عليه دين (٣) ، اعتبر وإن كان عليه دين ، كالمحيل .

١٤٦٩٩ - ولأنه نوع ضمان ؛ فاعتبر فيه رضا الضامن ، كالكفالة .

١٤٧٠٠ - احتجوا : بما روي أبو هريرة (ﷺ) أن النبي ﷺ قال (٤) : « من أحيل على مليء فليحتل » (٥) .

---

(١) راجع المسألة في : مختصر الطحاوي « كتاب الكفالة والحوالة والضمان » ص١٠٢ ، روضة القضاة « كتاب الحوالة » ، « فصل رضا المحال عليه » (٤٦٩/١) ، المسألة (٢٧٢٣) ، بدائع الصنائع « كتاب الحوالة » (١٥/٦ ، ١٦) ، فتح القدير مع الهداية ، وبذيله العناية « كتاب الحوالة » (٢٣٩/٧ ، ٢٤٠) ، البناية مع الهداية « كتاب الحوالة » (٦٢٣/٧) ، مجمع الأنهر « كتاب الحوالة » (١٣٩/٢) .

(٢) في سائر النسخ : [إذا لم يكن] ، مكان : [إذا كان] ، والصواب ما أثبتناه من كتب الشافعية . قال الشيرازي في المهذب : [وهل تصح - أي الحوالة - من غير رضا المحال عليه ، ينظر فيه ، فإن كان على من لا حق له عليه قلنا : إنه تصح الحوالة على من لا حق له عليه ، لم تجز إلا برضاه ، وإن كان على من له عليه حق ، ففيه وجهان . راجع تفصيل المسألة في : المهذب « كتاب الحوالة » (٣٣٨/١) ، نهاية المحتاج « كتاب الحوالة » (٤٢٣/٤) ، المنتقي « كتاب البيوع » ، في « جامع الدين والحوالة » (٦٧/٥) ، بداية المجتهد « كتاب الحوالة » (٣٢٣/٢) ، قوانين الأحكام الشرعية « الكتاب السادس في الأبواب المشاكلة للأقضية » ، « الباب السابع في الحوالة » ص٣٣٨ ، الإفصاح « باب الحوالة » (٣٨٣/١) ، المغني « كتاب الحوالة والضمان » (٥٨٣/٤) ، الكافي لابن قدامة « باب الحوالة » (٢٢١/٢) ، العدة « باب الحوالة والضمان » ص٢٤٤ .

(٣) في (م) ، (ع) : [ومن] ، مكان : [دين] .

(٤) لفظ : [قال] ساقط من صلب (ص) ، واستدركه في الهامش .

(٥) في (م) ، (ع) : [أحتل] ، مكان : [أحيل] ، وهو خطأ ، المليء : قال ابن كثير : المليء بالهمزة : الثقة الغني وقد ملؤ ، فهو مليء بين الملاء والملاءة بالمد ، وقد أولع الناس فيه بترك الهمزة وتشديد الياء . راجع : النهاية [باب الميم مع اللام] (٣٥٢/٤) ، لسان العرب مادة : [ملأ] (٤٢٥٢/٦) . وحديث أبي هريرة (ﷺ) : =

١٤٧٠١ - الجواب : أنه قال : تَحَوَّل ذمتُه إلى ذمة أخرى ، وعندنا لا يتحول إلا بالتراضي ، [ومتى لم يوجد التراضي] [١] فلم يتحول دينه ، فلا يوجد الاسم [٢] .

١٤٧٠٢ - قالوا : لصاحب الحق أن يستوفي حقه بنفسه ، وله أن يستوفيه بغيره ، كالوكيل ، كذلك [٣] ههنا جاز أن يستوفيه بنفسه وبالمحتال .

١٤٧٠٣ - قلنا : إذا وكل فحق القبض ثابت له ، فالذي عليه الدين بالخيار إن شاء سلم [٤] الحق إلى الموكل ، وإن شاء إلى الوكيل ، فلم يتعين موجب المطالبة التي اقتضتها المداينة إلا باختيار من عليه الدين ، أو يسلم إلى الوكيل

١٤٧٠٤ - فأما الحوالة : فإن مقتضى المداينة معتبر [٥] بنقل الملك في الدين إلى المحتال ، وتثبت المطالبة له خاصة ، وقد يكون أصعب استيفاءً من صاحب الحق ، فيستضر المدين ، وهذا لا يجوز .

* * *

= أخرجه أحمد في المسند (٤٦٣/٢) ، وابن أبي شيبة في المصنف « كتاب البيوع والأقضية » ، « في مطل الغني ودفعه » (٢٨٧/٥) ، والبخاري بلفظ : « مطل الغني ظلم ، فإذا أتبع أحدكم على مليء فليتبع » ، في الصحيح ، في « الحوالات » ، « باب في الحوالة وهو يرجع في الحوالة » (٣٧/٢) ، ومسلم في الصحيح « كتاب المساقاة » ، « باب تحريم مطل الغني وصحة الحوالة » (١١٩٧/٣) ، الحديث (١٥٦٤/٣٣) .

(١) ما بين المعكوفتين : ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) ، واستدركه المصنف في الهامش .

(٢) في سائر النسخ : [الاسم] .

(٣) في (ص) : [لذلك] .

(٤) في صلب (ص) : [أعطي] ، مكان : [سلم] ، والمثبت من (م) ، (ع) ، وهامش (ص) من نسخة أخرى .

(٥) في (م) ، (ع) : [يعتبر] .

مسألة ٧٣٥

رجوع المحال بدينه على المحيل إذا هلك المال على المحال عليه

١٤٧٠٥ – قال أصحابنا رحمهم الله : إذا توى [1] الدين على المحال عليه ، رجع المحتال بدينه على المحيل [2] .

١٤٧٠٦ – وقال الشافعي رحمه الله : لا يرجع ، وإن أحاله عليه بشرط الملاءة ، فبان أنه غير مليء ، ففيه وجهان ، أحدهما : يرجع ، والثاني : لا يرجع .

١٤٧٠٧ – قالوا : والصحيح أنه يرجع ، وهو قول ابن سريج [3] .

١٤٧٠٨ – لنا : ما روي عن عثمان بن عفان رضي الله عنه « أنه قال – في الحوالة – : إذا مات المحال عليه مفلسًا ، عاد الدين إلى ذمة المحيل ، لا توى على مال مسلم » [4] .

---

(١) توي المال : هلك وذهب فلم يرجع ، والتوي : الهلاك . راجع : لسان العرب مادة : [توا] (١/٤٥٨) ، المغرب ص٦٣ .

(٢) راجع المسألة في : مختصر الطحاوي « كتاب الكفالة والحوالة والضمان » ص١٠٢ ، ١٠٣ ، روضة القضاة « كتاب الحوالة » ، « فصل إفلاس المحال عليه » (١/٤٦٩ ، ٤٧٠) ، المسألة (٢٧٢٨) ، تحفة الفقهاء « كتاب الحوالة » (٣/٢٤٧) ، طريقة الخلاف في الفقه « كتاب الحوالة » ص٤٢٢٥ – ٤٢٢٧ ، بدائع الصنائع « كتاب الحوالة » ، « فصل : وأما بيان ما يخرج به المحال عليه من الحوالة » (٦/١٨) ، فتح القدير مع الهداية وبذيله العناية « كتاب الحوالة » (٧/٢٤٣ – ٢٤٥) ، البناية مع الهداية « كتاب الحوالة » (٧/٦٢٥ ، ٦٢٦) ، مجمع الأنهر « كتاب الحوالة » (٢/١٤٠) .

(٣) ابن سريج : هو القاضي أبو العباس أحمد بن عمر بن سريج البغدادي ، أحد أعلام الشافعية البارزين ، صاحب المصنفات الكثيرة ، وعنه انتشر فقه الشافعي في أكثر الآفاق ، توفي رحمه الله ببغداد في سنة ست وثلاثمائة . راجع ترجمته في : تهذيب الأسماء واللغات (٢/٥٢١ ، ٢٥٢) ، الترجمة (٣٧٧) ، طبقات الشافعية (١/٣١٦) ، الترجمة (٥٩٣) ، في [الحوالة] (٣/٢٠٣) ، مختصر المزني [باب الحوالة] ص١٠٧ ، معالم السنن « كتاب البيوع » ، « باب في المطل » (٣/٦٥ ، ٦٦) ، المهذب مع تكملة المجموع الثانية ، « كتاب الحوالة » (١٣/٤٣٤ – ٤٣٧) ، نهاية المحتاج « كتاب الحوالة » (٤/٤٢٨) ، المدونة « كتاب الحوالة » ، « في الرجل المحتال يموت وعليه دين . . . إلخ » (٤/١٤٨) ، المنتقى (٥/٦٧) ، الكافي لابن عبد البر « كتاب الحوالة » (٢/٧٩٧) ، بداية المجتهد « كتاب الحوالة » (٦/٢٠) ، الإفصاح « باب الحوالة » (١/٣٤٨) ، المغني « كتاب الحوالة والضمان » (٤/٥٨١ ، ٥٨٢) ، الكافي لابن قدامة « باب الحوالة » (٢/٢٢١ ، ٢٢٢) .

(٤) أخرجه ابن أبي شيبة في المصنف « كتاب البيوع والأقضية » ، « في الحوالة أله أن يرجع فيها ، » (٥/٨٤) ، الأثر (٣) ، والبيهقي في الكبرى « باب من قال يرجع على المحيل لا توي على مال مسلم » (٦/٧١) .

١٤٧٠٩ - فإن قيل : راوي هذا الحديث خليد بن جعفر ، عن معاوية بن قرة ، وخليد ضعيف [١] ، ومعاوية بن قرة لم يلق عثمان [٢] .

١٤٧١٠ - قلنا : مجرد الطعن لم يمنع قبول روايته حتى تبين جهة ضعفه ، وأما إرسال الخبر : فإن ثبت لم يضرنا ، لأن المرسل [٣] والمسند عندنا سواء ، بل المرسل [٤] أولى على قول عيسي بن أبان [٥] .

١٤٧١١ - قالوا : روي « أنه قال في حوالة أو كفالة » [٦] ، فشك الراوي ، وعندنا في الكفالة يرجع فيها على الأصيل على شرط موت الكفيل مفلسًا .

١٤٧١٢ - قالوا : عليٌّ مخالف ، روي « أن حزنًا جد سعيد بن المسيب كان له قِبَل علي بن أبي طالب حق فأتاه ، فقال : أحلني به على فلان ، فأحاله عليه فعاد إليه ، فقال : قد مات فلان ، فقال له عليٌّ : اخترت علينا غيرنا أبعدك اللّٰه » [٧] .

---

(١) خليد بن جعفر : قال عنه شعبة : كان من أصدق الناس وأشدهم اتقاء ، وقال ابن معين : ثقة ، وقال ابن أبي حاتم : صدوق ، وقال يحيي بن سعيد : بلغني أنه لا بأس به . راجع ترجمته في : الجرح والتعديل (٣/٣٨٣ ، ٣٨٤) ، الترجمة (١٧٥٧) ، تقريب التهذيب (١/٢٢٦) ، الترجمة (١٤٧) .

(٢) معاوية بن قرة : هو أبو إياس المزني البصري ، ثقة ، ذكره ابن سعد في الطبقة الثانية ، وقال ابن حجر : [من الثالثة] ، قال ابن التركماني : [ذكر ابن عساكر في تاريخ دمشق : أن له رؤية ، وحكي عن ابن سعد : أنه عده في الطبقة الثانية ، وحكي عن خليفة وغيره : أنه توفي سنة ثلاث عشرة ومائة ، وعن يحيي وغيره : أنه بلغ ستا وتسعين سنة ، فعلى هذا يكون مولده سنة سبع عشرة ، فكيف لم يكن في زمن عثمان ،] ، في الجوهر النقي ، بذيل السنن الكبري للبيهقي (٦/٧١) . راجع ترجمته في : طبقات ابن سعد ، القسم الأول (٧/١٦٠) ، الجرح والتعديل (٨/٣٧٨ ، ٣٧٩) ، الترجمة (١٧٣٤) ، سير أعلام النبلاء (٥/١٥٣ - ١٥٥) ، الترجمة (٥٥) ، تقريب التهذيب (٢/٢٦١) ، الترجمة (١٢٤٢) .

(٣) في (م) ، (ع) : [المراسيل] .

(٤) الزيادة : من (م) ، (ع) .

(٥) هو الفقيه عيسى بن أبان بن صدقة ، أبو موسي القاضي ، تفقه على محمد بن الحسن ، قال ابن سماعة : كان عيسي حسن الوجه ، وحسن الحفظ للحديث ، وقال أبو حازم القاضي : ما رأيت لأهل بغداد أكثر حديثًا من عيسي ، وبشر بن الوليد ، قال الذهبي في ميزان الاعتدال : ما علمت أحدًا ضعفه ، ولا وثقه ، مات ﷺ بالبصرة ، في سنة إحدى وعشرين ومائتين . راجع ترجمته في : ميزان الاعتدال (٣/٣١٠) ، الترجمة (٦٥٥٣) ، الجواهر المضية (٢/٦٧٨ - ٦٨٠) الترجمة (١٠٨٦) ، الفوائد البهية ص١٥٠ .

(٦) الزيادة : من كتب الشافعية ، والمغني لابن قدامة (٤/٥٨١) . ولم أعثر على هذه الرواية بعد ، وإنما قال الشافعي : « واحتج بن الحسن : بأن عثمان (ﷺ) قال في الحوالة أو الكفالة : يرجع صاحبها ، لا توي على مال مسلم » ، في مختصر المزني « باب الحوالة » ص١٠٧ .

(٧) أخرجه ابن حزم بمعناه ، في « كتاب الحوالة » (٦/٣٩٤) ، المسألة (١٢٢٧) ، في المغني « كتاب الحوالة » (٤/٥٨١) .

١٤٧١٣ - قلنا : لم يذكر أنه مات مفلسًا ، وعندنا لا يرجع بمجرد الموت ، والظاهر أنه مليء ، لأن الإنسان لا يختار نقل الحق من ذمة مليء إلى ذمة مفلس .

١٤٧١٤ - قالوا : روي عن شريح أنه قال : « لا يرجع » (١) .

قالوا : لم يبين الموضع الذي أسقط فيه الرجوع ، فيحتمل أن يكون فيمن أفلس حال الحياة أو الموت (٢) غير مفلس ، ولا يجب الخلاف بالشك .

١٤٧١٥ - ولأنه نقل دينه من الذمة إلى غيرها ؛ فوجب أن يكون العود في المطالبة بالسواء ، كما لو اشترى به عينًا فهلكت قبل القبض أو استأجره به .

١٤٧١٦ - ولأنه نقل الدين إلى استيفاء ، فوجب أن يثبت الرجوع عند تعذره . أصله : ما ذكرنا .

١٤٧١٧ - ولا يلزم : إذا أفلس في حال (٣) الحياة ؛ لأنه لم يتو (٤) الحق ، وإنما تأخر الاستيفاء والذمة بحالها .

١٤٧١٨ - ولا يمكن القول بموجب العلة إذا أحال المحال عليه على المحيل لم يعد عند التوي (٥) ولا عند التعذر ، ولا يمكن القول بموجبه ، وإذا شرط أنه مليء ، لأنا (٦) عللنا الوجوب .

ولا يلزم : إذا مات المحيل والمحال عليه مفلسين ، لأن الدين (٧) يعود ويتعذر استيفاؤه .

١٤٧١٩ - ولأن الأصل والفرع يستويان (٨) فيه ، لأن العين إذا هلكت والإجارة إذا انفسخت وقد مات الذي كان عليه (٩) الدين مفلسًا ، فالحكم كذلك (١٠) هنا .

---

(١) أخرجه ابن أبي شيبة في المصنف ، في العنوان السابق (٨٤/٥) .

(٢) في (م) ، (ع) : [أو من مات] ، بزيادة : [من] .

(٣) لفظ : [حال] ساقط من (ع) .

(٤) في (ص) : [لم يتوي] ، وفي (م) ، (ع) : [لم ينوي] بالنون ، والصواب ما أثبتناه .

(٥) في (م) ، (ع) : [التوا] .

(٦) قوله : [أنه] ساقط من (م) ، (ع) ، وقوله : [لأنا] ساقط من صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش .

(٧) في (م) ، (ع) : [الذي] ، مكان : [الدين] .

(٨) في (م) ، (ع) : [يستوفيان] .

(٩) قوله : [كان عليه] ساقط من صلب (ص) ، واستدركه في الهامش .

(١٠) في (م) ، (ع) : [كذلك فيه] ، بزيادة : [فيه] .

١٤٧٢٠ – قالوا : لا تأثير لقولكم عند التوي من الأصل ، لأنه لا فرق بين أن يملك المبيع (وألا يملكه) [١] إن يجد به عيبًا في أنه يجوز الرجوع .

١٤٧٢١ – قلنا : في مسألة الفرع لا يتصور العيب في المعقود عليه ، وإنما يتصور التوي خاصة ؛ لأن الذمة لا تصير [٢] معينة وما فيها من الدين لا يصير ناقصًا في حال الحياة ، فالعيب [٣] لا يتصور فيها ، ولو تصور النقصان بالعيب يثبت الرجوع أيضًا .

١٤٧٢٢ – ولأنه نوع تمليك مال بمال [٤] ، فجاز أن يلحقه الفسخ بالتوى [٥] ، كالبيع .

١٤٧٢٣ – ولا يلزم : الصرف بما في الذمة ؛ لأنه بعض النوع .

١٤٧٢٤ – فإن قالوا : فوجب أن لا ينفسخ بموت المفلس .

١٤٧٢٥ – قلنا : نقول [٦] بموجبه ؛ لأن عندنا لا ينفسخ بالموت ، وإنما يطَالبُ الحاكم بالفسخ ، فيفسخ بحكمه ، وتنتقض [٧] العلة على أصلهم بموت المستأجر مفلسًا .

١٤٧٢٦ – ولأنه أحد نوعي الضمان ؛ فجاز أن يثبت للمضمون له مطالبة الأصل بحكمه من غير شرط ، كالكفالة .

ولا يمكن القول بموجبه إذا شرط أنه مليء ؛ لأنا قلنا : من غير شرط ، ويدل على أن الدين بالحوالة ليس بمقبوض للمحتال . والدليل عليه : أنه لو [٨] أحاله بثمن الصرف [أو رأس مال السلم ثم افترقا قبل قبضه من المحال عليه بطل العقد في الصحيح من مذهبهم ، ولو كان قبضًا لصح الصرف] [٩] به ، كقبض الشاهد .

ولأن ما في الذمة لا يكون مقبوضًا إلا لصاحب الدين [١٠] ، فأما لغيره فلا .

١٤٧٢٧ – ولأنه لو أحال المشتري البائع بالثمن [ثم بان العبدُ المبيعُ حرًا واستُحِقَّ

---

(١) زيادة للسياق.
(٢) في (م) : [لا يصير] .
(٣) في (م) ، (ع) : [بالعيب]
(٤) في (ص) ، (م) : [بحال] ، وهو ساقط من (ع) ، لعل الصواب ما أثبتناه .
(٥) في (م) ، (ع) : [بالنوي] بالنون .
(٦) لفظ : [نقول [ساقط من (م) ، (ع) .
(٧) في (م) : [ينقض] ، وفي (ع) : [تنقض] .
(٨) لفظ : [لو] ساقط من صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش .
(٩) ما بين المعكوفتين : ساقط من (م) ، (ع) .
(١٠) في (م) ، (ع) ، وهامش (ص) من نسخة أخرى : [الذمة] ، مكان : [الدين] .

بطلت الحوالة ، ولو كان الدين مقبوضًا وجب أن يرجع المشتري على البائع بالثمن][1] ، ولا تبطل الحوالة لهذا المعنى .

١٤٧٢٨ - وقال أصحابنا : إن المحيل لو مات مفلسًا والحوالة في الصحة فغرماء المحيل والمحتال في مال الحوالة سواء .

١٤٧٢٩ - وقالوا [2] : لو أحال المشتري البائع بالثمن لم يكن له قبض المبيع . وإذا ثبت أن الدين ليس بمقبوض بالحوالة ، والتوى حصل قبل قبض [3] العوض ، فهو كهلاك العبد المبيع [4] قبل القبض .

١٤٧٣٠ - احتجوا : بما روي أبو هريرة ﷺ أن النبي ﷺ قال : « مطل الغني ظلم ، وإذا أحيل أحدكم على مليء فليتبع » [5]

١٤٧٣١ - وقوله : « فليتبع » [6] أمر بالاتباع أبدًا .

ولأنه ندبه إلى الاتباع بشرط الملاء احتياطًا لحقه ؛ ولو ثبت له الرجوع لم يكن لشرط الملاء معنى .

١٤٧٣٢ - الجواب [7] : أن النبي ﷺ أمر بالاتباع بشرط الملاء ، والحكم [8] إذا تعلق بشرط لم يقطع بزوال الشرط عندهم ، فصار دليل الشرط يقتضي سقوط الاتباع عند الفلس ، فائدة شرط [9] الملاء : فهي حتى يتمكن معه من الاستيفاء .

١٤٧٣٣ - قالوا [10] : سبب يسقط المطالبة بالدين وببدله عن مليء مكلف ، فوجب أن لا يرجع به بعد ذلك ، كما لو أخذ بالدين عبدًا وقبضه .

١٤٧٣٤ - قلنا : لا نسلم أن المطالبة بالدين وبدله سقطت ؛ لأن ما في ذمة المحال عليه يدل على الدين والمطالبة ببدله [11] ، ويبطل الرجوع إذا انهدمت الدار أو غصبت ،

---

(١) ما بين المعكوفتين : ساقط من (م) ، (ع) . (٢) في (ع) : [قالوا] بدون العطف .
(٣) في (ع) : [القبض] . (٤) في (ع) : [للمبيع] .
(٥) عزاه الزيلعي بهذا اللفظ إلى الطبراني في [معجمه الأوسط] ، في نصب الراية [كتاب الحوالة] (٥٩/٣ ، ٦٠) ، وقد تقدم تخريجه بنحو هذا اللفظ في مسألة (٧٣٤) .
(٦) قوله : [وقوله : فليتبع [ساقط من : (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) ، واستدركه في الهامش .
(٧) في (م) ، (ع) : [الملاء والجواب] ، بحذف : [معنى] .
(٨) في (م) ، (ع) : [فالحكم] .
(٩) في (م) ، (ع) : [فأما فائدة شرط بشرط] ، بزيادة : [بشرط] .
(١٠) في (ع) : [قانوا [بالنون ، بدل اللام . (١١) في (م) ، (ع) : [وببدله] ، بزيادة الواو .

وإذا ابتاع بالدين عينًا هي وديعة عند صاحب الدين على عين من الأعيان ، فقد سقطت المطالبة بالدين وبدله ؛ لأن العوض في الصلح يطالب به الأجنبي دون الغريم ، ولو هلكت العين قبل التسليم عاد الدين ، ثم أصلهم إذا ابتاع ثوبًا وقبضه ، وهو غير مسلم ؛ لأن الدين يجوز أن يعود إذا وجد به عيبًا فرده .

١٤٧٣٥ - قالوا : فأصله : البراءة .

١٤٧٣٦ - قلنا : يعود الدين برد البراءة .

١٤٧٣٧ - فإن قالوا : نقيس [1] على البراءة إذا قبلها .

١٤٧٣٨ - قلنا : المعنى فيه : أنه [2] إذا أسقط حقه من غير ابتغاء عوض ، فإذا تم الإسقاط ولا حق لغيره فيه لم يعد الدين / . ١٦٩/أ

١٤٧٣٩ - وفي مسألتنا : أسقط حقه بعوض ابتغاه ، فإذا لم يسلم له رجع الدين ، كما لو أخذ به عينًا ، فلم يسلم له [3] .

١٤٧٤٠ - قالوا : حول الدين من الذمة [4] إلى بدل كان يمكنه التصرف منه ، فلم يعد حقه إلى الذمة ، سواء كان ذلك البدل (عينا أو دينا) [5] ، كما لو اشتري بالدين شيئًا وقبضه .

١٤٧٤١ - قلنا : يبطل إذا استأجر بالدين دارًا وقبضها ، فإنه نقل الحق إلى بدل كان يمكنه التصرف منه ، ومع هذا يثبت [6] له الرجوع بالدين إذا انهدمت الدار .

١٤٧٤٢ - قالوا : نقل حقه من ذمة إلى ذمة ، فلم يجز له الرجوع إلى ذمة المكفول عنه ، أصله : إذا أفلس في حال حياته وحكم الحاكم بفلسه وحجز عليه .

١٤٧٤٣ - وربما قالوا : حق نقلته [7] الحوالة من ذمة المحيل إلى ذمة [8] المحال عليه ، فلا يجوز له الرجوع إلى ذمة المحيل متى مات على حالته هذه .

والخلاف في المسألة في جواز الرجوع في الجملة ، وليس الخلاف في الرجوع في حال معينة ، ثم هذا الوصف لا معنى له ؛ لأن نقل الحق من ذمة إلى عين أقوي من نقله

---

(١) في (م) ، (ع) : [نفس] . (٢) الزيادة : من (م) ، (ع) .
(٣) في (م) ، (ع) : [وإذا لم نسلم له رجعت الدين كما أخذ به عيبًا بل نسلم له] ، مكان المثبت .
(٤) في (ع) : [ذمة] . (٥) ما بين القوسين زيادة اقتضاها السياق .
(٦) في (م) ، (ع) : [ثبت] . (٧) في (م) ، (ع) : [نقله] .
(٨) قوله : [المحيل إلى ذمة] ساقط من (م) ، (ع) .

إلى ذمة ، لأن القبض في الأعيان أمكنُ من الديون في الذمم ، فإن [١] كان الدين ينتقل إلى العين ويقبض ثم يعود إلى الذمة الأولى ، كذلك إذا انتقل إلى ذمة أخرى ، والمعنى في الأصل : أن الدين بالفلس يتوى [٢] بدليل : أن ذمة المفلس ذمة صحيحة يجوز أن يبتدئ فيها بثبوت نقل ذلك الدين والمطالبة الثانية والدين يتوى متى ذهب محله ، فأما مع بقاء المحل فلا يكون [٣] تاويًا ، ألا ترى : أن المديون لو مات غير مفلس فالدين غير تاوٍ [٤] وإن كانت الذمة قد بطلت لبقاء المال ، وكذلك إذا ذهب [٥] المال وبقيت الذمة ، فله محل باق ولا يكون تاويًا ، ولهذا المعنى قال أبو حنيفة وأبو يوسف : إن الدين على المفلس يجب فيه الزكاة ، وإن كان مالًا ناقصًا سقطت زكاته ، وأما إذا مات مفلسًا فلم يبق للدين محل يوجد فيه التوى [٦] ، فثبت الرجوع .

١٤٧٤٤ – فإن قيل : فيجب أن لا يرجع إذا جحده وحلف ، لأن محل الدين بحاله .

١٤٧٤٥ – قلنا : قد روى عمرو بن أبي عمر [٧] ، عن محمد في الإملاء : أن التوى عند أبي حنيفة لا يكون إلا أن يموت مفلسًا .

١٤٧٤٦ – ولو قلنا بالرواية الأخرى ؛ فبقاء محل الدين يعتبر ليتعلق به الدين ، ومتي جحد ولا بينة له وحلف لم يبق [٨] هناك دين في الظاهر ، فلا معني لاعتبار محله .

١٤٧٤٧ – قالوا : الدين بالحوالة في حكم المقبوض ؛ بدلالة : أنه يجوز التصرف فيه ، ويسقط المطالبة عن المحيل بكل حال ، ولو كان دراهم بمثلها لم يعتبر فيها القبض في المجلس .

١٤٧٤٨ – قلنا : أما جواز التصرف : فقد كان ثابتًا لصاحب الدين منها في الذمة الأولى ، ولم يكن الدين مقبوضًا ، كذلك في الذمة الثانية جواز التصرف لا يدل على

---

(١) في (م) ، (ع) : [فإذا] .
(٢) في (م) ، (ع) : [بالمفلس ساوي] ، مكان المثبت .
(٣) في (ص) : [لا يكون] بدون الفاء .
(٤) في (م) ، (ع) : [غير ناوي] ، بالنون ، مكان : التاء .
(٥) في (م) ، (ع) : [وهب] .
(٦) في (م) ، (ع) : [النوي] ، بالنون .
(٧) في سائر النسخ : أبي عمر] ، وكذلك في [أخبار أبي حنيفة وأصحابه [للصيمري ، وذكره القرشي [أبي عمرو] ، بزيادة : [و] ، لعل تصويبه كما ذكره القرشي ، وغيره .
(٨) في (م) ، (ع) : [فلم يبق] .

أنه في حكم المقبوض ، وأما سقوط المطالبة : فيبطل إذا صالحه أجنبي على عين من الأعيان ، وأما اعتبار التقابض : فلأن التمليك يثبت [1] الحوالة حكمًا ، فلا يعتبر فيه التقابض في المجلس كالقرض .

* * *

(١) في (م) ، (ع) : [ثبت] .



يشترط رضا المكفول له لصحة الضمان

١٤٧٤٩ - قال أبو حنيفة ، ومحمد : لا يصح الضمان [١] إلا برضاء المكفول له [٢] .

١٤٧٥٠ - وقال الشافعي : لا يعتبر في الكفالة رضا المضمون [٣] له ، ولا المضمون عنه [٤] .

١٤٧٥١ - لنا : أنه عقد وثيقة ؛ فوجب أن يعتبر فيه رضا من له الوثيقة ، كالرهن ، أو نقول : فجاز أن يبطل لعدم رضا من له الوثيقة ، كالرهن .

ولأنه عقد فافتقر إلى القبول بحال ، كسائر العقود .

ولأنه أحد نوعي الضمان ، فافتقر إلى رضا من له الضمان بحال ، كالحوالة .

١٤٧٥٢ - ولا يلزم على ما ذكرنا : المريض إذا قال لوارثه : اضمن لغريمي دينه مع غيبة الغريم ؛ لأنا إن [٥] عللنا الجواز سقط عنا [٦] هذا ، إذ التعليل وقع لاعتبار الرضا في الجملة لا في جميع الأحوال .

١٤٧٥٣ - وعلى العلة الأولى : لا يلزم ، لأنا قلنا : فوجب أن يعتبر فيه رضا من له الوثيقة ، وفي مسألة المريض : الرضا معتبر عند أبي حنيفة ، وإنما استحسن من أن العقد

---

(١) قوله : [لا يصح الضمان] ساقط من (ع) .

(٢) راجع تفصيل المسألة في : مختصر الطحاوي « كتاب الكفالة والحوالة والضمان » ص١٠٤ ، روضة القضاة « كتاب الضمان والكفالة » (٤٥١/١) ، المسألة (٢٥٩٧) ، متن القدوري « كتاب الكفالة » ص٥٧ ، بدائع الصنائع « كتاب الكفالة » (٢/٦) ، فتح القدير مع الهداية ، وبذيله العناية « كتاب الكفالة » (٢٠١/١ - ٢٠٣) ، البناية مع الهداية « كتاب الكفالة » (٥٧٧/٧ - ٥٨٠) ، مجمع الأنهر « كتاب الكفالة » (١٢٩/٢) ، حاشية ابن عابدين « كتاب الكفالة » (٢٨٠/٤ ، ٢٨١) .

(٣) في صلب (ص) : [المكفول] ، مكان : [المضمون] ، المثبت من (م) ، (ع) ، وهامش (ص) من نسخة أخرى .

(٤) راجع تفصيل المسألة في : المهذب مع تكملة المجموع الثانية « كتاب الضمان » (١٣/١٤ ، ١٤) ، حلية العلماء « كتاب الضمان » (٥٢/٥) ، نهاية المحتاج « باب الضمان الشامل للكفالة » (٤٣٨/٤) ، المقدمات الممهدات « كتاب الكفالة » (٣٧٨/٢) ، الإفصاح « باب الضمان » (٣٨٥/١ ، ٣٨٦) ، المغني « باب الضمان » (٥٩١/٤) ، الكافي لابن قدامة « كتاب الضمان » (٢٢٨/٢) .

(٥) لفظ : [إن] ساقط من (م) ، (ع) . (٦) في (ع) : [عن] .

ينعقد مع عدم حضوره في المجلس فأما أن يقول [١] : إنه يصح بغير رضاه فلا .

ولا يلزم : الوصية ؛ لأن القبول قد اعتبر فيها في جميع الأحوال إلا في مسألة واحدة : إذا مات الموصى له بعد موت الموصي ، وتعليلنا القبض (لا يفيد عدم) [٢] افتقار العقد إلى القبول بحال .

١٤٧٥٤ - قالوا : المعنى في الرهن [٣] : أن الدين يجوز أن يسقط بهلاكه وإذا ترافعا إلى حاكم يري أنه مضمون ، فلذلك وقف على رضا المرتهن ، والكفالة بخلاف ذلك .

١٤٧٥٥ - قلنا : الرضا إنما يعتبر في حق الراهن [٤] ، فكان يجب أن ينعقد من غير رضاه [٥] ، والدين لا يسقط بهلاكه بمجرد العقد ، وإنما يهلك بالدين إذا انضم إليه القبض ، والرضا معتبر حكما [٦] في العقد ، فلم يجز أن يكون لما ذكروه من المعنى للعلة التي ذكرنا .

١٤٧٥٦ - احتجوا : بما روي « أن علي بن أبي طالب ﷺ قال - في الميت [٧] الذي امتنع رسول الله ﷺ من الصلاة عليه لأجل دينه - هما عليّ يا رسول الله [٨] وأنا لهما ضامن ، فصلى رسول الله ﷺ » ، ولم ينقل أنه شرط قبول المضمون له ، وكذلك [٩] روي في حديث أبي قتادة ﷺ .

١٤٧٥٧ - الجواب : أنهما ضمنا القضاء : عِدَةٌ به لا كفالة ، فوثق ﷺ بوعدهما وصلي عليه ، كما نصلي على [١٠] من ترك وفاء لوجود جهة قضاء دينه ، فأما أن يكون على طريق الكفالة فلا ؛ ألا ترى : أن المكفول له لو لم يقبل [١١] لم يسأل عنه ، ومعرفته شرط عندهم وإن لم يشترط رضاه .

ولأن النبي ﷺ كان يقضي دين من يموت من المسلمين إذا وجد ما يقضي به ،

---

(١) في (ع) : [أن نقول] .
(٢) ما بين القوسين زيادة اقتضاها السياق .
(٣) في (م) ، (ع) : [الدين] ، مكان : [الرهن] .
(٤) في (ص) ، (م) : [الرهن] .
(٥) في (ع) : [بغير رضا] .
(٦) في (م) ، (ع) : [والراضي] ، مكان : [والرضا] ، وفي (ص) ، (م) : [حكم] ، مكان : [حكما] .
(٧) لفظ : [الميت] ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش .
(٨) في (م) : [رسول الله] بدون حرف النداء .
(٩) في (ص) : [ولذلك] .
(١٠) في (ع) : [كما يصلي] ، ولفظ : [على] ساقط من (م) .
(١١) في (م) ، (ع) : [كما لو يقبل] ، وفي (ص) : « لما لم يقبل » .

ولهذا قال : « من ترك دينًا أو كلًّا [(١)] فعليّ ، ومن ترك مالًا فلورثته » [(٢)] .

١٤٧٥٨ - وإذا كان يلتزم القضاء قام مقام الميت ، ويجوز أن يكون الميت لا وارث له ، فالمسلمون يرثونه ، فصار خطاب النبي ﷺ لعلي في الكفالة كخطاب الميت لبعض ورثته .

١٤٧٥٩ - قالوا : عقد ضمان ؛ فوجب أن لا يفتقر إلى قبول المضمون له ، أصله : إذا ضمن بعض الورثة عن المريض .

١٤٧٦٠ - قلنا : يبطل بالحوالة ، والأصل غير مسلم ، لأن الوارث إذا ضمن وقف العقد عندنا على رضا صاحب الدين إلا أنه لا يعتبر وقوع الرضا في المجلس ، والكلام في اعتبار الرضا لا في صفاته .

١٤٧٦١ - قالوا : وثيقة تؤمن [(٣)] سقوط الحق بنقله [(٤)] ، فوجب أن لا يعتبر في ثبوتها رضا من له الحق ، كالشهادة .

١٤٧٦٢ - قلنا : يبطل بالرهن [(٥)] .

١٤٧٦٣ - فإن قالوا : يجوز أن يسقط الحق بنقله إذا حكم حاكم .

١٤٧٦٤ - قلنا : وكذلك الكفالة ؛ لأن من الفقهاء من يقول : إنها تبرئ المكفول عنه ، ثم ... (قد لا) [(٦)] لأن يموت الكفيل مسلمًا ، ولا يرى الحاكم رد المطالبة فيسقط الحق بذهاب الوثيقة ؛ والمعنى في الشهادة : أن رضا الشاهد لا يعتبر في لزومها له ، فلم يعتبر رضا الشهود ، وفي الضمان [(٧)] يعتبر رضا الضامن في لزومه ، فجاز أن يعتبر رضا المضمون له [(٨)] .

---

(١) في (م) ، (ع) : [أو دلا] ، مكان : [أو كلًّا] ، والمراد بالكل هنا : العيال . راجع النهاية [باب الكاف مع اللام] (١٩٨/٤) .

(٢) أخرجه البخاري ، بلفظ : [أن رسول اللَّه ﷺ كان يؤتي بالرجل المتوفى عليه الدين ، فيسأل هل ترك لدينه فضلًا ؟ فإن حدّث أنه ترك لدينه وفاء صلى ، وإلا قال للمسلمين : صلوا على صاحبكم ، فلما فتح اللَّه عليه الفتوح قال : أنا أولي بالمؤمنين من أنفسهم ، فمن توفي من المؤمنين فترك دينًا فعلى قضاؤه ، ومن ترك مالًا فلورثته] ، في الصحيح ، في الكفالة « باب الدين » (٤٠٢/٢) ، ومسلم في الصحيح « كتاب الفرائض » ، « باب من ترك مالًا فلورثته » (١٢٣٧/٣ ، ١٢٣٨) ، وأبو داود في السنن « كتاب الفرائض » ، « باب في ميراث ذوي الأرحام » ، و « كتاب الخراج » ، « باب في أرزاق الذرية » ، و « كتاب البيوع » ، « باب في التشديد في الدين » (١٢٢/٢ ، ١٣٦ ، ٢٤٢) . (٣) في (ع) : [لزم] ، مكان : [تؤمن] .

(٤) قاعدة : « الحوالة وثيقة تؤمن سقوط الحق بنقله من ذمة إلى أخرى » .

(٥) في (م) ، (ع) : [الرهن] ، بدون الباء . (٦) ما بين القوسين بدل : « لأن » .

(٧) في (م) ، (ع) : [فالضمان] . (٨) لفظ : [له] ساقط من (م) ، (ع) .



رجوع الضامن على المضمون له إن أدى بإذنه

١٤٧٦٥ - قال أبو حنيفة ، ومحمد : إذا قال الرجل لفلان : اضمن ألفًا ، أو ادفع إلى فلان ، أو انقد فلانًا [(١)] ، وَفَعَل المأمور ، لم يرجع على الآمر ، إلا أن يكون خليطًا [(٢)] أو في عياله [(٣)] .

١٤٧٦٦ - وقال الشافعي : إذا ضمن بإذنه وأدى بإذنه رجع ، وإن ضمن بغير إذنه وأدى بإذنه ؛ فأكثر أصحابه على أنه [(٤)] لا يرجع ، وهو ظاهر مذهبه .

١٤٧٦٧ - ومن أصحابه من قال : يرجع .

وإن ضمن بإذنه وأدى بغير إذنه ففيه ثلاثة أوجه ، أحدها : يرجع ، والثاني : لا يرجع ، والثالث : إن كان مضطرًا ، مثل أن يكون المكفول عنه غائبًا لا يتوصل إلى إذنه رجع ، وإن كان غير مضطر لم يرجع [(٥)] .

١٤٧٦٨ - لنا : حديث ابن عباس ﷺ أن النبي ﷺ قال : « ألا وإن المسلم أخو المسلم ، لا يحل دمه [(٦)] ولا شيء من ماله إلا بطيب نفسه » [(٧)] ، وهذا لم تطب نفسه بذلك .

---

(١) في سائر النسخ : [فلان] ، والصواب ما أثبتناه .

(٢) الخليط : الشريك في التجارة والغنم ، وفي لسان العرب : الخليط : المشارك في حقوق الملك ، كالشرب والطريق ونحو ذلك . راجع : لسان العرب مادة : [خلط] (١٢٢٩/٢) ، المصباح المنير (١٦٨/١) ، وفي المغرب [المخالطة] ص١٥١ .

(٣) راجع تفصيل المسألة في : بدائع الصنائع « كتاب الكفالة » (١٣/٦) ، فتح القدير مع الهداية « كتاب الكفالة » (١٨٨/٧ ، ١٨٩) ، البناية مع الهداية « كتاب الكفالة » (٥٦٥/٧) ، مجمع الأنهر « كتاب الكفالة » (١٢٥/٢ ، ١٢٦) ، حاشية ابن عابدين « كتاب الكفالة » (٢٨٢/٤ ، ٢٨٣) .

(٤) في (ع) : [إن] .

(٥) راجع تفصيل المسألة في : المهذب مع تكملة المجموع الثانية « كتاب الضمان » (٢٨/١٤ - ٣١) ، حلية العلماء « كتاب الضمان » (٥٩/٥ - ٦١) ، فتح العزيز مع الوجيز « كتاب الضمان » ، « الباب الثاني في حكم الضمان الصحيح » ، بذيل المجموع (٣٨٨/١٠ - ٣٩٠) ، المقدمات الممهدات « كتاب الكفالة » (٣٧٨/٢) ، بداية المجتهد « كتاب الكفالة » (٣٢٣/٢) ، قوانين الأحكام الشرعية « الكتاب السادس في الأبواب المشاكلة للأقضية » ، « الباب السادس في الحمالة » ص٣٣٦ ، ٣٣٧ ، المغني « باب الضمان » (٦٠٧/٤ ، ٦٠٨) ، الكافي لابن قدامة « كتاب الضمان » (٢٣١/٢) .

(٦) في (ع) : [تحل ذمته] ، مكان : [لا يحل دمه] ، وهو تصحيف .

(٧) تقدم تخريج هذا الحديث .

١٤٧٦٩ - ولأنه غير حاضر ؛ فوجب أن لا يرجع عليه بما أمره ، فضمانه مطلقًا كالصبي والمأذون إذا أمرا [١] .

١٤٧٧٠ - ولا يلزم : من في عياله وأقاربه ، لأنه خليط في المنزل .

١٤٧٧١ - ولأنه أمر أجنبيًا بضمان مال غيره ، فضاف إلى نفسه ، فلم يثبت له به [٢] الرجوع وإن أذن له في الأداء ، كما لو قال : أضمن عن فلان ألفًا .

١٤٧٧٢ - ولأنه إذا قال : اضمن ، احتمل الضمان عنه ، واحتمل عن غيره ، وأحدهما يقتضي الرجوع ، والآخر لا يوجب ذلك ، فلم يثبت الرجوع بالشك .

١٤٧٧٣ - ولا يلزم : الخليط ؛ لأن العادة أن يأمره ليرجع عليه ، فصارت العادة كشرط الرجوع .

١٤٧٧٤ - احتجوا : بأنه ضمن بإذنه ؛ فوجب أن يرجع عليه ، كما لو قال : اضمن عني .

١٤٧٧٥ - الجواب [٣] : أنه إذا قال : اضمن عني ، فقد أمر [٤] بإسقاط الدين المضمون عنه ، فإذا قضي فقد ملكه ما في ذمته بأمره ، فصار كمن ملكه عينًا بأمره ، وإذا [٥] لم يقل : عني ، فلم يوجد التمليك ، ولا شرط الرجوع نطقًا ولا عادة ، فلا يرجع [٦] ، كما لو قال : اضمن عن فلان .

١٤٧٧٦ - قالوا : كل من كان له الرجوع عليه بما يضمن إذا قال : اضمن عني ، فإن له الرجوع وإن أطلق الضمان ، كالخليط [٧] .

١٤٧٧٧ - قلنا : الخليط بينهما عادة تقتضي [٨] الضمان ، فقامت مقام الشرط . الدليل عليه / : أن من فتح دكانًا في صناعة كان الظاهر أنه يعمل بالأجرة وإن لم يشرط ، وقامت العادة فيه مقام الشرط ، كذلك ههنا . ١٦٩/ب

* * *

(١) في (م) ، (ع) : [أمر] بدون ألف التثنية .

(٢) في (ع) : [به له] بالتقديم والتأخير .

(٣) في (م) ، (ع) : [والجواب] .

(٤) في (م) ، (ع) : [أمرنا] .

(٥) في (م) ، (ع) : [فإذا] .

(٦) في (م) ، (ع) : [ولا يرجع] .

(٧) قاعدة : « كل من كان له الرجوع عليه بما يضمن إذا قال : اضمن عني فإن له الرجوع وإن أطلق الضمان كالخليط » .

(٨) في (م) : [يقتضي] .


مسألة ٧٣٨

الضمان بالمجهول

١٤٧٧٨ - قال أصحابنا : يجوز الضمان بالمجهول ، مثل أن يقول : تكلفت بمالك على فلان ، وبما يخرج في حسابك عليه ، ويجوز تعليق [1] الضمان بخطر ، مثل أن يقول : ما قضي لك على فلان وما بايعته [2] .

١٤٧٧٩ - وقال الشافعي : لا يجوز ضمان المجهول ، ولا ضمان ما لم يجب .

قال ابن سريج [3] : وفيها قول آخر : إن ضمان المجهول جائز ، ونص الشافعي على جواز ضمان الدرك [4] ، وخرج ابن سريج فيه [5] .

١٤٧٨٠ - لنا : قوله تعالى : ﴿ وَلِمَن جَآءَ بِهِۦ حِمۡلُ بَعِيرٖ وَأَنَا۠ بِهِۦ زَعِيمٞ ﴾ [6] ، فجوز ضمان المجهول ، لأن ما يحمله البعير يزيد وينقص ، وجوز تعليق الضمان بشرط المجيء .

---

(١) لفظ : [تعليق] ساقط من صلب (ص) ، واستدركه المصنف في الهامش .

(٢) راجع المسألة في : روضة القضاة « كتاب الضمان والكفالة » ، « فصل ضمان المجهول » (٤٥٩/١) ، المسألة (٢٦٥٩) ، بدائع الصنائع « كتاب الكفالة » ، « فصل : وأما شرائط الكفالة » (٩/٦) ، فتح القدير مع الهداية وبذيله العناية « كتاب الكفالة » (١٨١/٧ ، ١٨٢) ، البناية مع الهداية « كتاب الكفالة » (٥٥٧/٧ - ٥٥٩) ، مجمع الأنهر « كتاب الكفالة » (١٢٣/٢) ، حاشية ابن عابدين « كتاب الكفالة » (٢٧٣/٤ ، ٢٧٤) .

(٣) تقدمت ترجمته في مسألة (٧٣٥) .

(٤) الدرك - بفتح الراء وسكونها - : التبعة ، وضمان الدرك هو : ضمان الثمن عند استحقاق المبيع ، أو ضمان المبيع إذا لحقه آفة ، ويسمي ضمان العهدة أيضًا .

(٥) راجع تفصيل المسألة في : الأم « باب الضمان » ، و « في اختلاف العراقيين في الكفالة و الحمالة والدين » (٢٢٩/٣ ، ٢٣٠) ، المهذب مع تكملة المجموع الثانية « كتاب الضمان » (١٨/١٤ ، ١٩ ، ٣٦) ، حلية العلماء « كتاب الضمان » (٥٦/٥ ، ٦٤) ، فتح العزيز « كتاب الضمان » ، « الباب الأول في أركانه » بذيل المجموع (٣٧٠/١٠) ، نهاية المحتاج « باب الضمان الشامل للكفالة » (٤٣٩/٤ ، ٤٤٢) ، كفاية الأخيار (٢٧٩/١) ، المنتقي « كتاب الأقضية » ، في « القضاء في الحمالة والحول » (٨٣/٦) ، الكافي لابن عبد البر « كتاب الحمالة والكفالة » (٧٩٣/٢) ، المقدمات الممهدات « كتاب الكفالة » (٣٧٦/٢) ، بداية المجتهد « كتاب الكفالة » (٣٢٣/٢) ، قوانين الأحكام الشرعية الباب السابق ص٣٣٦ ، شرح الزرقاني « باب الضمان » (٢٥/٦ ، ٢٦) ، الإفصاح « باب الضمان » (٣٨٦/١) ، المغني « باب الضمان » (٥٩٢/٤) ، الكافي لابن قدامة « كتاب الضمان » (٢٣٠/٢ ، ٢٣١) .

(٦) سورة يوسف : الآية ٧٢ .

١٤٧٨١ - فإن قيل : كان [1] حمل البعير معلومًا ، وهو الوسق .

١٤٧٨٢ - قلنا : حمل البعير ما يحمله ، وهذا يزيد تارة وينقص أخرى .

١٤٧٨٣ - قالوا : كيف تحل هذه [2] الكفالة مع جهالة المكفول ؟ .

١٤٧٨٤ - قلنا : عندنا يصح الضمان إذا كان المضمون له يصير معلوما عند وجوب [3] المال ، كما لو خاطب رجل جماعة فقال : من خاط منكم هذا الثوب فله درهم ، وقال آخر : أنا كفيل به .

١٤٧٨٥ - قالوا : قوله ﴿ وَأَنَا۠ بِهِۦ زَعِيمٌ ﴾ يحتمل : أن يكون المؤذن ضمن عن الْمَلِكِ ، ويحتمل : أن يكون حكى [4] قول الملك ، كأنه قال : شرط لمن جاء به حمل بعير وأنا له ضامن .

١٤٧٨٦ - قلنا : ظاهر قوله : « زعيم » أنه ضمن ما يجب على غيره ، فأما من شرط الضمان على نفسه فعقده ، فلا يقال [5] : إنه زعيم ، وإنما يقال ذلك فيمن خاطب عن غيره ، ولهذا يقال : فلان زعيم القوم ، بمعني أنه يتكلم عنهم ، ويدل عليه : قوله ﷺ : « الزعيم غارم » [6] ، ولم يفصل .

١٤٧٨٧ - ولأن المال تارة يجب معلومًا بالعقود ، وتارة مجهولًا بالإتلاف ، فلما جاز ضمان أحدهما جاز ضمان الآخر [7] . وتحريره : كل ما يجب ضمانه جازت

---

(١) لفظ : [كان] ساقط من (ع) .

(٢) في (م) ، (ع) : [يحمل] ، مكان : [تحل] ، وفي سائر النسخ : [هذا] ، والصواب ما أثبتناه .

(٣) لفظ : [وجوب] مكرر في (ص) .

(٤) في (م) : [خلا] ، وفي (ع) : [خلاف] ، مكان : [حكي] .

(٥) في سائر النسخ : [ولا يقال] ، وما أثبتناه أصح .

(٦) أخرجه عبد الرزاق في المصنف « كتاب البيوع » ، « باب الكفلاء » (١٧٣/٨) الحديث (١٤٧٦٧) ، وأبو داود في السنن « كتاب البيوع » ، « باب في تضمين العارية » (٢٩٠/٢) ، والترمذي في السنن « كتاب البيوع » ، « باب ما جاء في أن العارية مؤداة » (٥٥٦/٣) ، الحديث (١٢٥٦) ، وفي « كتاب الوصايا » ، « باب ما جاء لا وصية لوارث » (٤٣٣/٤) ، الحديث (٢١٢٠) ، وابن ماجه « كتاب الصدقات » ، « باب الكفالة » (٨٠٤/٢) ، الحديث (٢٤٠٥) ، وأبو داود الطيالسي ص١٥٤ ، وأحمد في المسند (٢٦٧/٥) ، والدارقطني في السنن « كتاب البيوع » (٤١/٣) ، الحديث (١٦٦) ، والقضاعي في مسند الشهاب (٦٤/١) ، الحديث (٣٣ : ٥٠) .

(٧) فائدة : « المال تارة يجب بالعقود وتارة مجهولًا بالإتلاف ، فلما جاز ضمان أحدهما جاز ضمان الآخر » .

الكفالة به ، كالمعلوم .

١٤٧٨٨ - ولأنه نوع ضمان ؛ فجاز تعليقه بشرط يوجد في الثاني ، كضمان الدرك ، وإن شئت قلت : فجاز في المجهول ، أصله : ضمان الدرك .

١٤٧٨٩ - فإن قيل : إذا استحقت الدار ثبت إن كان [1] ضمن ما كان موجودًا .

١٤٧٩٠ - قلنا : إلا [2] أنه عند العقد يجوز أن يكون هناك استحقاق ، ويجوز أن لا يكون ، فلولا أن الضمان يتعلق بالأخطار [3] لم يصح مع التجويز ، كما لا يصح البيع مع التجويز [4] إذا قال : بعتك هذا العبد إن كنتُ ورثتهُ لم يصح البيع وإن ثبت [5] أنه كان ورثه .

١٤٧٩١ - ولأن [6] ضمان الدرك قد يكون فيما ليس بمستحق عند الضمان ، ألا ترى : أنه يشتري دارًا فتجب الشفعة ثم يبيعها المشتري ، فيضمن ضامن الدرك ، فإذا أخذها الشفيع وجب على الضامن الثمن ، وإن لم يبين البائع [7] ، حتى لا يختص بما لا يستحقه .

١٤٧٩٢ - فإن قيل : في ضمان الدرك إما أن تُستحق جميع الدار أو بعضها [8] ، فالضمان يتعلق بما هو مستحق منها ، وذلك معلوم .

١٤٧٩٣ - قلنا : فيجب أن يقولوا ففي الفرع مثله ، إذا قال : ضمنت لك ما يخرج في حسابك عليه ، فإن ذلك معلوم في نفسه وإن لم يكن معلومًا عنده [9] ، ومع ذلك لا يجوز ضمانه .

١٤٧٩٤ - فإن قالوا : في ضمان الدرك قولان .

١٤٧٩٥ - قلنا : ضمان الدرك نص الشافعي عليه ، وأجمع المسلمون أيضا على جوازه ، حتى قال ابن سريج تخريجًا لقول آخر ، فلا تضرنا المنازعة [10] فيما ثبت بإجماع .

---

(١) في (ص) ، (م) : [سا] بدون نقط ، مكان : [ثبت] ، ولفظ : [كان] ساقط من (م) ، (ع) .
(٢) لفظ : [إلا] ساقط من (ع) .
(٣) في (م) ، (ع) : [بالإحصار] .
(٤) في (م) ، (ع) : [التجوز] .
(٥) في (ص) : [سا] بدون نقط ، مكان : [ثبت .
(٦) في (م) ، (ع) : [ولا] ، مكان : [ولأن] .
(٧) في (م) ، (ع) : [البالغ] .
(٨) في (م) ، (ع) : [وبعضها] .
(٩) في (م) ، (ع) : [عندهم] .
(١٠) في (م) : [فلا يضرنا بالمنازعة] ، وفي (ع) : [فلا يضر بالمنازعة] .

١٤٧٩٦ - فإن قالوا : ضمان الدرك جاز للضرورة في التوثق [١] بالأيمان ؛ لأن البيع لا يؤنس أن يستحق ، ولا يجوز أخذ الرهن به ، ولا تنفع الشهادة ؛ لأنه [٢] ربما استحق المبيع ، وقد أفلس البائع ، فلذلك جوزنا التوثق بالضمان ؛ لأن الجهالة والخطر يسامح فيهما بقدر الحاجة [٣] ، فإذا كان له عليه مالًا يقفان [٤] على مبلغه ، فلا يمكن أخذ الرهن به ، ولا يقع التوثق بالشهادة ، فيجب أن تجوز الكفالة قبل أجل [٥] الحاجة على قولكم .

١٤٧٩٧ - ولأن كل دين لو ذكر مبلغه صح الضمان ، [فإذا لم يذكر صح الضمان] [٦] ، أصله : إذا قال للزوجة : ضمنت لك نفقتك [٧] اليوم ، جاز بالاتفاق ، لأن عندهم : أن النفقة مقدرة .

١٤٧٩٨ - ولأنه عقد على ما ليس في مقابلته مال مشروط ، فجاز [٨] أن يتعلق بخطر ، كالوصية .

١٤٧٩٩ - ولا يلزم : الهبة ؛ لأنه يجوز تعليقها بالخطر إذا قال : وهبت لك الدين [٩] الذي في ذمة فلان ، صح العقد ووقف على قبض الدين منه .

١٤٨٠٠ - ولأنه سبب لضمان ما ليس [١٠] في مقابلته بدل مشروط ، فصح في المجهول ، كالإقرار .

احتجوا : بنهيه [١١] ﷺ عن الغرر [١٢] .

١٤٨٠١ - قلنا : روي « أنه نهي عن بيع الغرر » [١٣] ، وهذا مقيد ، وخبركم مطلق ، ومن أصلكم : بناء المطلق على المقيد ، وقد عارضه قوله ﷺ : « الزعيم غارم » [١٤] .

---

(١) في (م) ، (ع) : [المتوثق] .
(٢) في (م) : [لا ينفع] ، مكان : [لا تنفع] ، وفي (ص) : [لأن] بدون الهاء .
(٣) قاعدة : « الجهالة والخطر يسامح فيهما بقدر الحاجة » .
(٤) في (م) : [ما لا يقعان] .
(٥) في (م) ، (ع) : [أصل] .
(٦) ما بين المعكوفتين : ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش
(٧) في (م) ، (ع) : [بعتقك] وهو تصحيف .
(٨) لفظ : [فجاز] ساقط من (ع) .
(٩) في (م) ، (ع) : [الرهن] ، مكان : [الدين] .
(١٠) في (م) ، (ع) : [مال ليس] .
(١١) في (م) : [نهيه] بدون الباء .
(١٢) في (م) ، (ع) : [الغرور] .
(١٣) تقدم تخريجه في أول « كتاب البيوع » مسألة (٥٦٤) .
(١٤) راجع تخريجه في هذه المسألة .

فإن قيل : ذلك عام .

١٤٨٠٢ - قلنا : هو عام من وجه خاص في الكفالة ، وخبركم خاص من وجه عام من وجه [(١)] .

١٤٨٠٣ - فإن قيل : قوله [(٢)] : « الزعيم غارم » يقضي أن يكون غارمًا في الحال الذي يسمى زعيمًا ، ومتى علق الكفالة بشرط لم يكن غارمًا حتى يسمى كفيلًا .

١٤٨٠٤ - قلنا : قوله : « الزعيم غارم » ، معناه ما يجب على المكفول عنه ، فإذا علق الكفالة بالشرط فإن لزم المكفول عنه مال ، فهو غارم عنه [(٣)] .

١٤٨٠٥ - قالوا : يثبت [(٤)] مال في الذمة بعقد ، فوجب أن لا يصح مجهولًا ، كالثمن في البيع ، والأجرة في الإجارة .

١٤٨٠٦ - قالوا : ولا يلزم المهر ؛ لأنه ثبوت مال بعقد ليس يثبت [(٥)] (بدلًا عن مال آخر) .

١٤٨٠٧ - قلنا : الثمن والأجرة كل واحد منهما بدل في عقد الإبدال ، لا يثبت [(٦)] في المعاوضات مع الجهالة .

١٤٨٠٨ - وفي مسألتنا : المال لا يثبت [(٧)] بدلًا ؛ وإنما الكفالة سبب من أسباب الضمان ، وأسباب الضمان مبنية في الأصول على الغرر والخطر والجهالة [(٨)] ؛ ألا ترى : أنه لو وكل إنسانًا بشراء شيء فإن الموكل يضمن مثل ما يلزم الوكيل ، ويجوز أن يشتري ، ويجوز أن لا يشتري ، ولا يعلم مقدار ما يباع به ، (والكفيل) [(٩)] بالوديعة يضمن مثل ما يلحق المودَع من الضمان ، وذلك خطر ومجهول ، كذلك [(١٠)] الكفالة

(١) قوله : [من وجه] ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش .
(٢) الزيادة : من (م) ، (ع) .
(٣) في (م) ، (ع) : [ضمان فهو عارم له] ، مكان : [مال فهو غارم عنه] .
(٤) في (م) ، (ع) : [ثبت] .
(٥) في (م) : [في المهر] ، بزيادة : [في] ، وما بين القوسين زيادة اقتضاها السياق .
(٦) في (م) ، (ع) : [لا ثبت] .
(٧) لفظ : [المال] ساقط من (ع) ، وفي (م) ، (ع) : [لا ثبت] .
(٨) في (م) ، (ع) : [الغرور] ، مكان : [الغرر] ، وفي (ع) : [الإباحة] ، مكان : [الجهالة] .
(٩) ما بين القوسين بدل « المودع » المثبتة في النسخ خطأ ، كما لا يخفى .
(١٠) في (ع) : [وكذلك] .

لما كانت من أسباب الضمان .

١٤٨٠٩ - قالوا : ضمان مجهولٍ ؛ فلم يصح ، كما لو قال : ضمنت لك بعض مالك على فلان .

١٤٨١٠ - قلنا : هذا يصح عندنا ، والخيار فيه إلى الضامن يبين أي مقدار منها ، كالراهن (١) .

١٤٨١١ - قالوا : وثيقة بالحق ، فلم يصح (٢) بالمجهول .

١٤٨١٢ - قلنا : يبطل بضمان الدرك ، ثم قد يجوز الضمان بما لا يصح الرهن باتفاق ، بدلالة : لو ضمنه (أي الدرك) جاز ، ولو أعطى به رهنًا لم يجز .

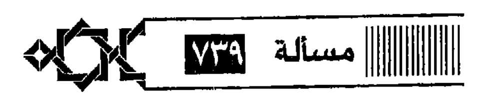
١٤٨١٣ - قالوا : وثيقة بالمال قبل وجوبه ، فصار كما لو قال : إن دخلت الدار .

١٤٨١٤ - قلنا : هناك لم يضف الضمان إلى سبب الوجوب ، ولا إلى سبب يتمكن من المطالبة به ، ولما أضاف الضمان في مسألتنا إلى سبب وجوب الحق ، جاز كضمان الدرك .

* * *

(١) في (ص) : [منها] ، وفي (م) ، (ع) : [بها] ، مكان : [منه] ، وفي (م) ، (ع) : [كالرهن] ، مكان : [كالراهن] .

(٢) في (ص) : [فلم نضح] وهو تصحيف ، وقوله : [فلم يصح] ، أي فلم يصح الضمان بالمجهول .


مسألة ٧٣٩

الكفالة عن ميت لم يترك وفاء

١٤٨١٥ - قال أبو حنيفة : لا تصح [1] الكفالة عن ميت لم يترك وفاء [2] .

١٤٨١٦ - وقال أبو يوسف : تصح الكفالة [3] ، وبه قال الشافعي [4] .

١٤٨١٧ - والكلام في هذه المسألة يقع في فصول ثلاثة . أولها [5] : في نفس المسألة ، والثاني : مبني [6] الكلام على سقوط الدين بالموت ، الثالث : على طريقة [7] أخرى ، أن الدين ينقص .

١٤٨١٨ - أما الكلام في نفس المسألة فالدليل عليه [8] : ما روي أبو موسى ﷺ أن النبي ﷺ قال : « إن أعظم الذنوب عند الله يلقاه بها [عبد] [9] بعد الكبائر التي نهى الله عنها أن يموت رجل وعليه دين لا يدع له قضاء » [10] ، ذكره أبو داود ، ولو صح

---

(١) في (م) : [لا يصح] .

(٢) قوله : [وفاء] ، أي مالا يفي بما كان عليه . راجع : المغرب ، مادة : [وفى] (ص) ٤٩٠ .

(٣) وبقول أبي يوسف قال محمد بن الحسن أيضًا . راجع تفصيل المسألة في : روضة القضاة « كتاب الضمان والكفالة » (٤٥٤/١) ، المسألة (٢٦٢٤) ، طريقة الخلاف في الفقة « كتاب الكفالة » ص٤٢٠ - ٤٢٤ المسألة (١٧٢) ، فتح القدير مع الهداية ، وبذيله العناية « كتاب الكفالة » (٢٠٤/٧ - ٢٠٧) ، البناية مع الهداية « كتاب الكفالة » (٥٨١/٧ - ٥٨٤) ، مجمع الأنهر « كتاب الكفالة » (١٢٩/٢) ، حاشية ابن عابدين « كتاب الكفالة » (٢٨١/٤) .

(٤) راجع تفصيل المسألة في : المهذب مع تكملة المجموع الثانية « كتاب الضمان » (٨/١٤ ، ٩) ، حلية العلماء « كتاب الضمان » (٤٨/٥) ، شرح السنة للبغوي « باب ضمان الدين » (٢١٢/٨) ، الحديث (٢١٥٣) ، فتح العزيز « كتاب الضمان » ، « الباب الأول في أركانه » (٣٥٥/١٠ - ٣٥٨) ، المنتقى (٨٤/٦) ، المقدمات الممهدات « كتاب الكفالة » (٣٧٨/٢) ، بداية المجتهد « كتاب الكفالة » (٣٢٢/٢ ، ٣٢٣) ، قوانين الأحكام الشرعية ، الباب السابق (٣٣٦) ، شرح الزرقاني « باب الضمان » (٢٣/٦) ، الإفصاح « باب الضمان » (٣٨٦/١) ، المغني « باب الضمان » (٥٩٣/٤) ، الكافي لابن قدامة « كتاب الضمان » (٢٢٨/٢) ، الإنصاف « باب الضمان » (١٩٧/٥) .

(٥) في (م) : [أو لهذا] ، مكان : [أولها] . (٦) في (ع) : [مبني] وفي غيرها : [يبني] .

(٧) في (م) ، (ع) : [طريق] . (٨) لفظ : [عليه] ساقط من (ع) .

(٩) الزيادة : من كتب الحديث .

(١٠) حديث أبي موسي (ﷺ) أخرجه أبو داود في السنن [كتاب البيوع] ، [باب في التشديد في الدين] (٢٤٢/٢) ، وأحمد في المسند ، في [حديث أبي موسى الأشعري] (٣٩٢/٤) .

الضمان عنه لم يكن لقوله : « ولا يدع له وفاء » معنى .

١٤٨١٩ – ولأن المطالبة سقطت بهذا الدين على التأبيد ؛ فوجب أن لا يصح ضمانه ، كما لو أبرأه صاحب الدين ، أو استرق الحربي ، أو وهب المولى العبد المدين[1] من غرمائه .

١٤٨٢٠ – ولا يلزم : إذا ترك وفاء ؛ لأن المطالبة بالدين لم تسقط[2] ؛ إذ الوصي يطالب به الوارث .

١٤٨٢١ – ولا يلزم : إذا استعار شيئًا فرهنه به ثم مات[3] مفلسًا ؛ لأن المطالبة تسقط عندنا ويأخذ صاحب الرهن رهنه ، ولا تصح الكفالة به ، ذكر[4] محمد في الزيادات ما يدل على ذلك .

١٤٨٢٢ – قالوا : لا نسلم سقوط المطالبة على التأبيد ، لأنه يجوز أن يتبرع[5] إنسان بالكفالة فيطالب .

١٤٨٢٣ – قلنا : هذه مطالبة تجددت[6] عندكم بعد أن كانت المطالبة[7] سقطت عن المدين وعمن قام مقامه على التأبيد ، فالوصف صحيح .

١٤٨٢٤ – فإن قيل : المعنى في البراءة : أنها تمنع[8] استدامة الكفالة ، فلا تمنع[9] ابتداءها .

١٤٨٢٥ – قلنا : هذه المعارضة[10] لا نسلمها إذا استرق الحربي ؛ لأن الرق لا يمنع الكفالة لو كانت عليه ديون في دار الحرب بها كفيل ، فاسترق لم تبطل الكفالة .

١٤٨٢٦ – ولأنه قد يمنع ابتداء الشيء ما لا يمنع استدامته[11] ، ألا ترى : أن براءة المحيل لا تمنع استدامة الحوالة ، ولو وقعت الحوالة بعد البراءة لم تصح[12] .

---

(١) في (م) ، (ع) : [المدير] ، مكان : [المدين] .

(٢) في (م) : [لم يسقط] .

(٣) في (ع) : [ثم لما مات] ، بزيادة : [لما] .

(٤) في (م) ، (ع) : [ذكره] ، بزيادة الهاء .

(٥) في (م) ، (ع) : [لا يجوز أن ينزع] ، مكان المثبت

(٦) في (م) : [يحدث] ، وفي (ع) : [تحدث] .

(٧) لفظ : [المطالبة [مكرر في (ع) .

(٨) في (م) : [يمنع] .

(٩) في (م) ، (ع) : [فلا يمنع] .

(١٠) في (م) ، (ع) : [العارضة] .

(١١) قاعدة : « قد يمنع ابتداء الشيء ما لا يمنع استدامته » .

(١٢) في (م) ، (ع) : [لم يصح] .

١٤٨٢٧ - ولأن البراءة تسقط الدين في أحكام الدنيا ، وتبقيه [١] في أحكام الآخرة ، فمنع الابتداء ولم يمنع من البقاء .

ولأنه دين طرأ عليه ما يمنع ابتداء المداينة ، وأثر ذلك في منع الكفالة ، كالحربي يسترق [٢] .

١٤٨٢٨ - ولأن كل دين لا يصح ضمان المجهول منه لا يصح ضمان المعلوم ، كمال الكتابة ، ودين الحربي إذا استرق [٣] .

١٤٨٢٩ - وأما الدليل على سقوط الدين بالموت : أن الدين لا يثبت إلا في محل ، إما في ذمة أو عين ، وليس ههنا عين مال يتعلق الدين بها [٤] ، والذمة قد بطلت بالموت ، لأن الذمة عبارة عن التزام الشيء ، والموت ينافي الالتزام . يبين هذا : أن أهل الذمة سموا بذلك لالتزامهم لنا الجزية والتزامنا لهم ترك / القتال والسبي ، ويقال : بيننا ذمام ، بمعنى أنه أمن تلتزم أحكامه . ١٧٠/أ

١٤٨٣٠ - ولأن الدين يحل على الميت بالموت ، ولو كانت ذمته باقية لبقي [٥] الأجل ، لأنه يتعلق بما في الذمم ولا يتعلق بالأعيان ، فلما سقط الأجل علم أنه سقط ، لأن الذمة بطلت وانتقل الدين إلى عين التركة ، فلم يجز أن يثبت [٦] الأجل في الأعيان .

١٤٨٣١ - فإن قيل : إنما سقط الأجل ؛ لأنه يثبت لحق الدين ، ولا حق له في تبقية الأجل .

١٤٨٣٢ - قلنا : حقوق الميت تثبت لورثته إن لم يكن للميت حق في ثبوتها ، ألا ترى : أنه لو أَبْرَأَ من دينه وهو أكثر من الثلث ، أو وَهَبَ ، بطل تصرفه فيما زاد على الثلث ، وانتقل ذلك إلى ورثته [٧] وإن كان من حقوقه لنفذ تصرفه ، فلو صح ثبوت الأجل بعد موته انتقل إلى ورثته وإن لم يكن له في انتقاله إليهم حق .

١٤٨٣٣ - ولأن ابتداء الدين لا يجوز أن يلزم [٨] الميت بوجه ، ولو كانت ذمته باقية لجاز أن تلزمه الديون المبتدأة ، كالحي .

---

(١) في (م) ، (ع) : [وينفيه] . (٢) في (ع) : [استرق] .

(٣) قاعدة : « كل دين لا يصح ضمان المجهول منه لا يصح ضمان المعلوم » .

(٤) في (م) ، (ع) : [العين منها] ، مكان : [الدين بها] .

(٥) في (م) : [لنفي] .

(٦) لفظ : [يجز] ساقط من (ع) ، وفي (م) ، (ع) : [ثبت] ، مكان : [يثبت] .

(٧) في (م) ، (ع) : [الورثة] . (٨) في (م) ، (ع) : [أن يلتزمه] .

ولا يلزم : المجنون ؛ لأن الدين يلزمه تابعًا له وإن لم يلزمه بعقوده . يبين[١] ذلك : أن من كانت له ذمة في عين متعلق بها[٢] إذا تصرف لحقه من يملك التصرف يثبت[٣] بذلك التصرف على الذي في ذمته ، كتصرف الوكيل والولي[٤] ، فلما كان الوارث أو[٥] الوصي يبتاع الكفن لمنفعة الميت ولا يثبت ثمنه[٦] في ذمته ، دل على أنه لا ذمة له .

١٤٨٣٤ - ولا يقال : إن الميت تلزمه الديون المبتدأة إذا كان حفر بئرًا في الطريق فوقع فيها إنسان بعد موته ، لأن هذا ليس بدين مبتدأ ، وإنما يسند إلى الحفر السابق ويصير كالثابت من ذلك الوقت ، ولهذا تقوم على الميراث والوصايا ، ولو كان حادثًا لم يبطل ما تقدمه من المواريث والوصايا .

١٤٨٣٥ - ولأن الموت معنى يسقط مال الكتابة عن المكاتب[٧] ، فجاز أن يسقط به سائر الديون ، كالاسترقاق ، وصحة العقد .

١٤٨٣٦ - احتجوا : في هذا الفصل بما روي في حديث أنس ﷺ ، قال : « شهدت رسول اللّٰه ﷺ قد أتي بجنازة ، فقيل له : تصلي[٨] عليها ، فقال : أليس عليه دين ، قالوا : بلي ، فقال ﷺ : ما ينفعكم أن أصلي عليه وهو مرتَهَنٌ في قبره به »[٩] .

١٤٨٣٧ - الجواب[١٠] : أن الدين عندنا يسقط في أحكام الدنيا بسقوط[١١] المطالبة ولعدم محله ، وهو باقٍ في أحكام الآخرة ، والعقوبة تلحقه للتفريط الذي كان منه ، فلم يكن في الخبر دليل .

١٤٨٣٨ - قالوا : لو برئت ذمته بالموت برئ كفيله[١٢] الذي يكفل عنه ، ولم يصح أن يتبرع متبرع بالقضاء .

١٤٨٣٩ - قلنا : إذا كان له كفيل فالدين له محل يتعلق به ، وهو ذمة الكفيل ،

---

(١) في (م) ، (ع) : [وتبين] . (٢) لفظ : [بها] ساقط من (ع) .
(٣) لفظ : [يثبت] ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش .
(٤) في (م) ، (ع) : [والمولى] .
(٥) قوله : [الوارث أو] ساقط من صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش .
(٦) في (م) : [يمنه] ، وفي (ع) : [ثمنه] . (٧) في (م) ، (ع) : [عن الكتابة] .
(٨) في (م) ، (ع) : [يصلي] .
(٩) أخرجه البيهقي بألفاظ متقاربة في الكبري [كتاب الضمان] ، [باب الضمان عن الميت] (٧٥/٦) .
(١٠) في (م) ، (ع) : [والجواب] . (١١) في (م) ، (ع) : [سقوط] بدون الباء .
(١٢) في (م) : [برئت] ، مكان : [برىء] ، وفي (ع) : [برئت ذمة الكفيل] ، مكان : [برىء كفيله] .

فصار ذلك كالتركة في تعلق الدين بها ، فأما التبرع بقضاء الدين فمن أصحابنا من قال : لا يصح إلا أن تظهر له التركة فيحكم بصحة ذلك القضاء ، ومنهم من يقول : يسقط بالقضاء العقوبة [١] في الآخرة ، فلا يدل ذلك على بقاء الدين .

١٤٨٤٠ - قالوا : يصح أن يبرئه من الدين ، ولو كان سقط لم تصح البراءة .

١٤٨٤١ - [قلنا : إنما تؤثر البراءة] [٢] في إسقاط حق الغريم عن المال الذي يجوز أن يظهر أو يسقط بها العقاب في الآخرة ، فأما أن يسقط [٣] الدين من ذمته فلا .

١٤٨٤٢ - قالوا [٤] : لو كان الموت يوجب بطلان الذمة ونقل الدين إلى التركة لوجب إذا أبرأ الغريمُ الميتَ ألا تصح براءته ؛ لأنه أبرأه بعد انتقال الدين ، فصار كما لو أبرأ المحيل بعد الحوالة ، فلما صحت الحوالة دل على [٥] أن الدين في ذمة الميت .

١٤٨٤٣ - قلنا : الميت مطالب بالدين في أحكام الآخرة غير مطالب به في أحكام الدنيا ، فإذا أبرأه فقد أبرأه من حق ثابت فتسقط [٦] العقوبة ببراءته ، وسقوطها يوجب سقوط الحق عن التركة فلذلك سقط [٧] . وإذا ثبت أن الدين سقط [٨] لم تصح الكفالة به [٩] ، كما لا تصح من ديون الحربي إذا استرق ، والعبد إذا [١٠] ملكه الغريم ، وكالكفالة بعد البراءة .

١٤٨٤٤ - وأما الطريقة الثالثة : وهي نقصان الدين ، فلأن [١١] سقوط المطالبة على التأبيد يدل على سقوط الدين ، فلأن يدل على نقصانه أولى .

١٤٨٤٥ - ولأن هذا الدين سقطت المطالبة به في أحكام الدنيا وبقيت في أحكام الآخرة ، والمطالبة إذا ثبتت في الدين من وجه دون وجه دل على نقصانه [١٢] ، كدين

---

(١) في (م) ، (ع) : [والعقوبة] بالعطف .
(٢) ما بين المعكوفتين : ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش .
(٣) في (م) ، (ع) : [إن سقط] .
(٤) في (م) ، (ع) : [قلنا] ، مكان : [قالوا] .
(٥) لفظ : [على] ساقط من صلب (ص) ، واستدركه في الهامش .
(٦) في (م) : [فيسقط] .
(٧) في (م) ، (ع) : [تركته فلذلك] ، مكان : [التركة فلذلك] ، ولفظ : [سقط] ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش .
(٨) في (ع) : [يسقط] .
(٩) لفظ : [به] ساقط من (ع) .
(١٠) لفظ : [إذا] ساقط من (ع) .
(١١) في (م) ، (ع) : [ولأن] .
(١٢) في (ع) : [نقصان] بدون الباء .

المولى على عبده يثبت [1] من وجه دون وجه ، وكذلك دين العبد على مولاه ، وإذا ثبت أن الدين ناقص لم تصح الكفالة به ، كدين الكتابة .

وعلى هذا قال أصحابنا : إن الزكاة لا تصح الكفالة بها ، لأنها دين ثابت من وجه دون وجه ، ألا ترى : أن الإنسان لا يحبس بها ولا يطالب مطالبة [2] الديون .

١٤٨٤٦ - واحتج المخالف : بما روى أبو سعيد الخدري ﷺ « أن النبي ﷺ قدم إليه جنازة ليصلي عليها [3] ، فقال : هل على صاحبكم من دين ؟ قالوا : نعم يا رسول الله درهمان ، فقال : صلوا على صاحبكم ، فقال علي بن أبي طالب : هما عليَّ يا رسول الله ، وأنا لهما ضامن ، فصلي عليه ، فلما فرغ من صلاته التفت إليه فقال له : جزاك الله عن الإسلام خيرًا ، وفك رهانك كما فككت رهان أخيك » [4] .

١٤٨٤٧ - وروى جابر بن عبد الله ﷺ « قال : مات رجل فغسلناه وكفناه ، وقدمناه إلى النبي ﷺ ليصلي عليه ، فقال : هل على صاحبكم من دين ؟ قالوا : نعم ديناران ، فقال : صلوا على صاحبكم ، قال أبو قتادة : هما عليَّ يا رسول الله ، فصلى عليه النبي ﷺ » [5] ، فدل هذا على [6] أن الضمان عن الميت [7] الذي لا يخلف وفاء صحيح .

١٤٨٤٨ - والجواب : أن النبي ﷺ كان يصلي على من ترك وفاءً ، ولم يصل على

---

(١) في (م) ، (ع) : [ثبت] .

(٢) في (م) ، (ع) : [ولا يطالبه] ، مكان : [ولا يطالب مطالبة] .

(٣) لفظ : [عليها] ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) ، واستدركه في الهامش .

(٤) أخرجه الدارقطني بألفاظ متقاربة في السنن « كتاب البيوع » (٣/٧٨ ، ٧٩) ، الحديث (٢٩١ ، ٢٩٢) ، والبيهقي في الكبرى « كتاب الضمان » ، « باب وجوب الحق بالضمان » (٦/٧٣) .

(٥) أخرجه أبو داود في السنن « كتاب البيوع » ، « باب في التشديد في الدين » (٢/٢٤٢ ، ٢٤٣) ، والنسائي في السنن « كتاب الجنائز » ، في « الصلاة على من عليه دين » (٤/٦٥ ، ٦٦) ، وأحمد مطولاً بألفاظ متقاربة في المسند (٣/٣٣٠) ، وأبو داود الطيالسي في المسند ص٢٣٣ ، ٢٣٤ ، الحديث (١٦٧٣) ، والدارقطني في السنن « كتاب البيوع » (٣/٧٩) ، الحديث (٢٢٩٣) ، والحاكم في المستدرك « كتاب البيوع » في « التشديد في أداء الدين » (٢/٥٨) ، والبيهقي في الكبرى « كتاب الضمان » ، « باب ما يستدل به على أن الضمان لا ينقل الحق » ، « وباب الضمان عن الميت » (٦/٧٤ ، ٧٥) ، كما أخرجه البخاري بهذا المعنى في الصحيح ، في « الحوالات » ، « باب إن أحال دين الميت على رجل جاز » (٢/٣٨) .

(٦) لفظ : [على] ساقط من صلب (ص) ، واستدركه في الهامش .

(٧) في (م) ، (ع) : [فدل على أن هذا للضمان على الميت] ، مكان المثبت .

من لم يترك وفاء .

وجواب آخر [١] : أنه يحتمل أن يكون هذا ابتداء كفالة ، ويحتمل أن يكون أخبر عن كفالة تقدمت الموت ، واللفظ لفظ الخبر ، وإذا احتمل أحد الوجهين لم يصح الاحتجاج به مع الاحتمال .

١٤٨٤٩ - فإن قيل : روي : « فتحملهما أبو قتادة » [٢] ، وهذا يدل على [٣] أنه ابتداء كفالة .

١٤٨٥٠ - قلنا : لم تكن [٤] الكفالة معلومة ، فلما أقر بها صار بإقراره محتملًا لَمَّا لم يكن يُعْلم [٥] أنه حامل له ، هذا كما نقول : أوجب على نفسه [٦] بإقراره ، فوجب عليه بالإقرار ، والإقرار في الحقيقة إخبار عن إيجاب سابق ، إلا أنه [٧] لم يعلم تقدمه إلا بإقراره .

١٤٨٥١ - قيل : أوجب على نفسه ، فوجب عليه .

١٤٨٥٢ - قالوا : روي [٨] حديث أنس (ﷺ) « أن النبي ﷺ قال : ما ينفعكم من صلاتي عليه [٩] وهو في قبره مرتهن بدينه ، فلو قام [١٠] أحدكم فضمن ما عليه صليت عليه ، كانت صلاتي تنفعه » [١١] .

١٤٨٥٣ - قلنا : هذه الزيادة لا تعرف ، ولو ثبت كان معناه : ضمن أن يَقْضِيَ ، بمعني أنه وعد أن يقضي ، كما يقال : إنه ضمن فلان أن يعين فلانًا بكذا ، أو يقرضه كذا [١٢] ، وإذا وجد ذلك فالظاهر أنه يفي فيصلى عليه ، كما يصلي [١٣] على من ترك وفاء .

١٤٨٥٤ - قالوا : إذا كان اللفظ يحتمل معنيين وجب حمله على ما لا يؤدي إلى

(١) في (م) : [والجواب] ، بزيادة : [أل] ، ولفظ : [آخر] ساقط من (م) ، (ع) .
(٢) هذا جزء من حديث جابر ، الذي تقدم تخريجه آنفًا .
(٣) لفظ : [على] ساقط من (م) ، (ع) .
(٤) في (م) : [لن يكن] . (٥) في (ص) : [نعلم] .
(٦) قوله [على نفسه] ساقط من صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش .
(٧) في النسخ زيادة [إذا] بعد [إلا أنه] . (٨) الزيادة : لمقتضى السياق .
(٩) لفظ : [عليه] ساقط من (ع) . (١٠) في (م) ، (ع) : [أقام] .
(١١) لفظ : [صلاتي] ساقط من (م) ، (ع) ، وفي (ع) : [ينفعه] . هذا جزء من حديث أنس الذي سبق تخريجه . (١٢) الزيادة : من (ع) .
(١٣) في (م) ، (ع) : [فالظاهر أنه يقر فيصلي عليه فيصلي] ، مكان المثبت .

تخطئة النبي ﷺ ، [وإنما يؤدي إلى تصويبه ، وإذا حملناه على ابتداء الضمان كان امتناعه من الصلاة] [١] عليه صوابًا في الظاهر والباطن ، وإذا حملناه على استدامة الضمان كان امتناع النبي ﷺ خطأ في الباطن [٢] ، لأنه امتنع من الصلاة على من له ضامن ويجوز له الصلاة عليه ، فكان حمل الخبر على ابتداء الضمان أولى .

١٤٨٥٥ – قلنا : النبي ﷺ لم يطلع على الغيب ، فإذا امتنع من الصلاة ، لأنه لا تركة له ولا ضامن [٣] في الظاهر ، فقد عمل ما وجب عليه ، فإذا كان الأمر في الباطن بخلاف ذلك ففعله في الظاهر صواب وليس بخطأ ألا ترى : أنا إذا علمنا الدين على زيد فشهدنا به [٤] عليه كانت الشهادة صحيحة ، وإن [٥] جاز أن يكون قضي [٦] الدين ، أو أبرأ عنه ، فإن [٧] ثبت أنه قضى لم يكن الشاهد بالدين مخطئًا في شهادته ، بل كان مصيبًا فاعلًا لما وجب عليه ، فلو لم يفعل [٨] أثم واستحق العقاب .

١٤٨٥٦ – قالوا : فالنبي ﷺ لم يستفصل هل هذا ابتداء ضمان أو غيره ، ولو اختلف الحكم لزمه أن يسأل .

١٤٨٥٧ – قلنا : إذا كان للضمان [٩] جهة صحة وجهة فساد ، حمل الأمر [١٠] على الصحة ، ولم يحمل على الفساد [١١] .

وجواب آخر : وهو أن هذا لم يكن على وجه الكفالة ، وإنما كان وعدا بقضاء [١٢] الدين والقيام بأدائه ، وقوله : « هما عليَّ » [١٣] ، معناه : « على القيام بأدائهما » ، كما نقول : عليَّ أن أحفظ مالك وأنفق عليه . يبين ذلك [١٤] : أن النبي ﷺ قال لأبي قتادة : « هما عليك وفي مالك ، وحق الرجل عليك والميت منهما بريء ، فقال :

---

(١) ما بين المعكوفتين : ساقط من (م) ، (ع) .

(٢) في (م) ، (ع) : [خطأ في الظاهر والباطن وإذا حلمناه الباطن] ، مكان : [خطأ في الباطن] .

(٣) في (م) ، (ع) : [ولا ضمان] .

(٤) في (م) ، (ع) : [فشهد بأنه] .

(٥) في (م) ، (ع) : [وإذا] .

(٦) في (م) ، (ع) : [قضاء] .

(٧) في (م) ، (ع) : [فإذا] .

(٨) في (م) ، (ع) : [فاعلا بما وجب عليه قلنا لو لم يفعل] ، مكان المثبت .

(٩) في (م) ، (ع) : [للضامن] .

(١٠) لفظ : [الأمر [ساقط من (ع) .

(١١) قاعدة : « إذا كان للضمان جهة صحة وجهة فساد حمل الأمر على الصحة ولم يحمل على الفساد » .

(١٢) في (م) ، (ع) : [لقضاء] .

(١٣) في (م) ، (ع) : [وقولهم على] ، مكان : [قوله : هما على] .

(١٤) لفظ : [ذلك] ساقط من (م) ، (ع) .

نعم » [١] ، والتأكيد إنما يكون في الوعد الذي لا يجب عليه الوفاء به ، والأولى الوفاء [٢] .

١٤٨٥٨ - فأما الكفالة التي يجب حكمها ، فإذا [٣] اعترف بها الكفيل لزمته ، ولو رجع عنها قُضِي عليه بها وأجبر على أدائها ، فلا يكون للتأكيد بالتكرار معنى ، وليس يمتنع أن يتوقف ﷺ / عن الصلاة ؛ لأنه لا وجه لقضاء الدين ، فإذا وُعِدَ بقضائه كان الظاهر منه الوفاء ، لأن الظاهر القضاء ، كما أنه إذا ترك مالا صلى عليه [وإن جاز أن [٤] لا يقضي الدين بأن تتوي [٥] التركة ، إلا أن الظاهر لما كان القضاء صلى عليه] [٦] كذلك هذا .

١٧٠/ب

١٤٨٥٩ - قالوا : من صح الضمان عنه [٧] إذا كان له وفاء ، صح وإن لم يكن له وفاء ، كالحر .

١٤٨٦٠ - قلنا : إذا ترك وفاء فقد ضمن الدين مع بقاء المطالبة به ، فصح الضمان ، وإن لم يترك فقد ضمن مع سقوط المطالبة بالدين عنه ، وعمن قام مقامه على التأبيد ، فلم يصح ، كالمسائل التي بيناها .

١٤٨٦١ - قالوا : « من صح الضمان عنه إذا كان حيًّا صح الضمان عنه إذا كان ميتًا ، كما لو كان له وفاء » [٨] .

١٤٨٦٢ - قلنا : نقول بموجبه ؛ لأن الضمان عن الحي لا يصح إلا بدين ثابت ، وبمثله يصح الضمان عنه بعد الموت ، فأما في مسألتنا فلا ؛ لأن بعد الموت وبمثله لا يصح الضمان عن الحر ، كما ذكرنا في الحربي إذا استرق ، والعبد إذا وهب لغريمه .

ولأن من له وفاء المطالبة بدينه ثابتة ، فصح ضمانه عنه ، ومن لم يترك وفاء لا يطالب [٩] بدينه في أحكام الدنيا ؛ وإنما يطالب به في أحكام الآخرة فلا ينتقل [١٠] إلى غيره ، كمن مات وعليه صلاة وزكاة وحج لا ينتقل إلى غيره عندنا في جميع

---

(١) أخرجه الدارقطني في السنن « كتاب البيوع » (٧٩/٣) ، الحديث (٢٩٣) ، والحاكم في المستدرك « كتاب البيوع » ، في « التشديد في أداء الدين » (٥٨/٢) . (٢) قاعدة : « الوعد لا يجب الوفاء به ، وإن كان الأولى الوفاء » .

(٣) في (ص) : [فإذ] .

(٤) لفظ : [أن] ساقط من صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش .

(٥) توي المال : هلك وذهب فلم يرجع ، والتوي : الهلاك . راجع : لسان العرب ، مادة : [توا] (٤٥٨/١) ، المغرب ص٦٣ . (٦) ما بين المعكوفتين : ساقط من (م) ، (ع) .

(٧) في (م) ، (ع) : [عليه] ، مكان : [عنه] .

(٨) قاعدة : « من صح الضمان عنه إذا كان حيًّا صح الضمان عنه إذا كان ميتًا ، كما لو كان له وفاء » .

(٩) في (م) ، (ع) : [لا مطالبة] . (١٠) في (م) ، (ع) : [فلا ينقل] .

الأحوال [١] ، وعندهم إذا لم يترك [٢] وفاء .

١٤٨٦٣ - قالوا : من صح الضمان عن ضامنه إذا كان له ضامن ، صح الضمان عنه إذا لم يكن له ضامن ، كالحر [٣] .

١٤٨٦٤ - قلنا : إنما لا يجوز الضمان عن ضامنه مع بقاء الدين على [٤] الضامن ، فلذلك يصح مع بقاء الدين ، ولا يصح عن الضامن بعد سقوط الدين ، فلا [يصح الضمان عنه مع سقوطه .

١٤٨٦٥ - قالوا : الموت لا يمنع استدامة الضمان ، فلا] [٥] يمنع ابتداء الضمان ، أصله : جنون المضمون عنه وإتلافه [٦] .

١٤٨٦٦ - قلنا : الموت عندنا لا يمنع الابتداء ولا الاستدامة ؛ وإنما يمنع الضمانُ سقوطَ المطالبة عنه ، وعمن قام مقامه على التأبيد .

١٤٨٦٧ - وقولنا : بموجب العلة .

١٤٨٦٨ - فإن قيل : ذكر في الأصل ، أنه إذا قال : إن مات قبل أن يقضي مالك [٧] عليه فأنا ضامن ، فمات ، فإن ذلك جائز على الكفيل في قول أبي حنيفة .

١٤٨٦٩ - قلنا : محمول عليه إذا ترك وفاء ، أو نقول : إن هذا ليس بابتداء ضمان ، وإنما يتعلق الضمان بسبب كان في حال الحياة ، فلم يسقط الدين بالموت [٨] لبقاء ذمة تتعلق المطالبة بها ، وقد ذكر أبو الحسن ، عن ابن سماعة ، عن محمد : أنه قال : لو قال [٩] : قد ضمنت لك مالك على فلان إن توي [١٠] ، فذلك جائز ، فإن مات [١١] فلان فلم يدع شيئًا ، فهو ضامن ، وهذا على قول محمد صحيح ، لأن من أصلنا : أن ابتداء الكفالة يجوز بعد الموت ، فإذا تعلقت بشرط كان [١٢] في حال الحياة أولى .

---

(١) لفظ : [الأحوال] ساقط من (ع) .

(٢) لفظ : [يترك] ساقط من (م) ، (ع) : [لم يكن] ، مكان : [لم يترك] .

(٣) قاعدة : « من صح الضمان عن ضامنه إذا كان له ضامن صح الضمان عنه إذا لم يكن له ضامن » .

(٤) في (م) ، (ع) وفي هامش (ص) من نسخة أخرى : [عن] ، مكان : [على] .

(٥) ما بين القوسين : ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش .

(٦) في (ع) : [وإتلافه عليه] ، بزيادة : [عليه] .

(٧) في (م) ، (ع) : [بهالك] ، مكان : [مالك] .

(٨) في (م) ، (ع) : [بالميت] .

(٩) في (م) ، (ع) : ولو قال [بالواو] .

(١٠) في (م) ، (ع) : [إن يؤدي] ، مكان : [إن توي] .

(١١) في (م) ، (ع) : [قال] ، مكان : [مات] .

(١٢) لفظ : [كان] ساقط من (م) ، (ع) .


مسألة ٧٤٠

كفالة العبد بإذن سيده

١٤٨٧٠ - قال أصحابنا : إذا تكفل العبد بإذن سيده ولا دين عليه ، صحت الكفالة ، وبيعت رقبته فيها [1] .

١٤٨٧١ - وحكى أصحاب الشافعي : أنه على وجهين ، في أحد الوجهين [2] : لا يجوز وإن أذن المولى . وفي الوجه الآخر : يجوز إذا أذن . والمحجور [3] والمأذون في ذلك سواء .

ومن أين يقضي ؟ في أحد الوجهين : يلزمه بعد العتق في المحجور والمأذون ، [وفي الوجه الآخر : المحجور يلزم المولى أن يخليه حتى يكتسب ويؤدي ، والمأذون] [4] يؤدي ما في [5] يده .

وإن قال له المولى : اضمن على أن تؤدي [6] المال الذي في يدي صح ، فإن كان عليه دين مستغرق شاركهم المكفول له في أحد الوجهين ، ويؤخر عن ديونهم في الوجه الآخر [7] ؟ .

(١) راجع تفصيل المسألة في : روضة القضاة « كتاب الضمان والكفالة » (٤٥٦/١ ، ٤٥٧) ، المسألة (٢٦٤٢ - ٢٦٤٨) ، فتح القدير مع الهداية وبذيله العناية « باب كفالة العبد وعنه » (٢٣٥/٧ ، ٢٣٦) ، البناية مع الهداية « باب كفالة العبد وعنه » (٦١٧/٧ ، ٦١٨) ، مجمع الأنهر « باب كفالة الرجلين والعبدين » (١٣٨/٢) ، حاشية ابن عابدين « كتاب الكفالة » ، و « باب كفالة الرجلين » (٢٦٣/٤ ، ٣٠٠) .

(٢) قوله : [في أحد الوجهين] ساقط من (م) ، (ع) .

(٣) في (م) ، (ع) : [المحجور] بدون الواو .

(٤) ما بين المعكوفتين : ساقط من (م) ، (ع) .

(٥) في (م) ، (ع) : [لما في] ، بزيادة اللام . (٦) في (ع) : [يؤدي] .

(٧) راجع تفصيل المسألة في : الأم « باب الضمان » (٢٠٤/٣) (طبع بولاق) ، المهذب مع تكملة المجموع الثانية « كتاب الضمان » (٩/١٤ - ١٢) ، حلية العلماء « كتاب الضمان » (٤٨/٥ - ٥١) ، فتح العزيز « كتاب الضمان » ، « الباب الأول في أركانه » ، بذيل المجموع (٣٦١/١٠) ، نهاية المحتاج « باب الضمان الشامل للكفاية » (٤٣٥/٤ - ٤٣٧) . راجع : المدونة « كتاب الكفالة والحمالة » ، « في كفالة العبيد بإذن ساداتهم » ، و « في كفالة العبد المديان بإذن سيده » (١٤٤/٤) ، المنتقى « كتاب الأقضية » ، في « القضاء في الحمالة والحول » (٨٥/٦) ، المغني « باب الضمان » (٥٩٩/٤ ، ٦٠٠) ، الكافي لابن قدامة « كتاب الضمان » (٢٢٨/٢) ، الإنصاف « باب الضمان » (١٩٤/٥) .

١٤٨٧٢ - فعلى هذا قد سقط الخلاف في صحة الكفالة ، فإذا صحت فالخلاف في ديون العبد عندنا تتعلق [١] برقبته ، وعنده لا تتعلق ، وقد [٢] قدمنا الكلام في المسألة [٣] .

* * *

(١) في (م) ، (ع) : [يتعلق] .
(٢) في (م) ، (ع) : [لا يتعلق] ، ولفظ : [قد] ساقط من صلب (ص) ، واستدركه في الهامش .
(٣) في (ع) : [في هذه المسألة] ، بزيادة : [هذه] .

مسألة ٧٤١

الكفالة بالنفس

١٤٨٧٣ - قال أصحابنا : الكفالة بالنفس جائزة .

وهل يجوز ببدن مَنْ عليه حد أو قصاص ؟ قال في الأصل : وإذا كفل رجل نفس رجل (١) والطالب يدعي عليه دم عمد أو قصاص فيما دون النفس ، أو حدًّا في قذف أو سرقة ، أو خصومة في دار أو غير ذلك فالكفالة بالنفس في ذلك جائزة ، وقال في الكتاب (٢) : ولا ينبغي للقاضي أن يأخذ كفيلًا بالقصاص في النفس ولا دونها ولا في حد القذف والزنا والشرب والسرقة .

قال أبو بكر الرازي : هذا محمول على أن القاضي لا يطالب بكفيل ، وإن بذل (٣) المدعى عليه جاز (٤) .

١٤٨٧٤ - وقال الشافعي : في عامة الكفالة جائزة ، وقال في الدعوى : هي عندي ضعيفة ؛ فمن أصحابه من قال : يجوز قولًا واحدًا ، وقوله : ضعيفة ، يعني في القياس .

١٤٨٧٥ - وقال المزني : فيها قولان ، استخرج قوله : إنها ضعيفة قولًا واحدًا (٥) .

---

(١) قوله : [نفس رجل] ساقط من (م) ، (ع) .

(٢) في (م) ، (ع) : [وقال يجوز في الكتاب] ، بزيادة : [يجوز] .

(٣) في (م) ، (ع) : [وإن بدل ذلك] ، بزيادة : [ذلك] .

(٤) قال الكاساني في البدائع : « تجوز الكفالة بنفس من عليه القصاص في النفس وما دونها ، وبحد القذف والسرقة إذا بذلها المطلوب فأعطاه بها » ، بلا خلاف بين أصحابنا ، وهو الصحيح . راجع تفصيل المسألة في : الجامع الصغير « كتاب الكفالة » ، « باب الكفالة بالنفس » ص٣٦٩ ، روضة القضاة « كتاب الضمان والكفالة » (٤٥١/١) ، المسألة (٢٥٩٩) ، تحفة الفقهاء « كتاب الكفالة » (٢٤٣/٣) ، طريقة الخلاف في الفقه « كتاب الكفالة » ، « فصل : وأما شرائط الكفالة » (٨/٦) ، فتح القدير مع الهداية ، وبذيله العناية « كتاب الكفالة » (١٦٤/٧ - ١٦٦ ، ١٧٧ ، ١٧٨) ، البناية مع الهداية « كتاب الكفالة » (٥٣٧/٧ ، ٥٣٨ ، ٥٥١ - ٥٥٥) ، مجمع الأنهر « كتاب الكفالة » (١١٧/٢ ، ١٢٢) .

(٥) راجع المسألة في : الأم « باب الضمان » (٢٠٤/٣) (طبع بولاق) ، مختصر المزني « باب الكفالة » ص١٠٩ ، مختصر الخلافيات ، ورقة (٢١٧ أ) ، تكملة المجموع الثانية مع المهذب « كتاب الضمان » (٤١/١٤ - ٤٥) ، حلية العلماء « كتاب الضمان » (٦٧/٥ - ٧٢) ، شرح السنة للبغوي « باب ضمان الدين » (٢١٤/٨) ، نهاية المحتاج « فصل في قسم الضمان الثاني » (٤٤٥/٤ - ٤٤٧) ، كفاية الأخيار ص (٢٧٩ ، ٢٨٠) ، المدونة « كتاب الكفالة » ، في « ما جاء في الحميل بالوجه يغرم المال » (١٢٩/٤) ، =

١٤٨٧٦ - لنا : قوله تعالى : ﴿ لَتَأْتُنَّنِي بِهِۦٓ إِلَّآ أَن يُحَاطَ بِكُمْ ﴾ (١) ، فألزمهم رده وهذا معنى الكفالة بالنفس ، قد روي عن (٢) ابن عامر في تأويل الآية : أنه كفلهم بنفسه (٣) .

١٤٨٧٧ - ولا يقال : إنما استحلفهم على رده إليه ؛ لأنه قال موثقًا من الله ، واليمين هي موثق من الله .

١٤٨٧٨ - ولا يقال : إنه لم يجب عليه حق لأبيه حتي يكفلهم برده ، لأنه كان يجب عليه طاعة أبيه وخدمته والعود إليه ، فضمنهم (٤) ذلك ، كما يتكفل بإحضار من وجب عليه دين أو غيره ، ويدل عليه : قوله ﷺ « الزعيم غارم » (٥) ، وهو عام .

١٤٨٧٩ - فإن قيل : هذا دليل عليكم ؛ لأنه ﷺ حكم (٦) بصحة الكفالة التي يلزم الكفيل فيها (٧) الغرم ، والكفيل بالنفس لا يغرم شيئًا (٨) .

١٤٨٨٠ - قلنا : المغرم الملزم مستوفي اللزوم ، والكفيل بالنفس ملتزم .

١٤٨٨١ - ويدل عليه : إجماع الصحابة ، روي « أن رجلًا أتى ابن مسعود ﷺ فأخبره أنه سمع ابن نواحة (٩) يؤذن ويقول : أشهد أن مسيلمة رسول الله ، فدعاه فاعترف بذلك ، فعرض التوبة عليه فلم يتب ، فأمر عبد الله بن مسعود قرظة بن كعب الأنصاري (١٠) ، فأخرجه إلى السوق فجز (١١) رأسه ، ثم استشار أصحاب محمد ﷺ

= المنتقى ، العنوان السابق (٨٠/٦) ، الكافي لابن عبد البر « كتاب الحمالة والكفالة » (٧٩٣/٢ ، ٧٩٤) ، الجامع لأحكام القرآن للقرطبي ، في « سورة يوسف » (٢٢٥/٩ ، ٣٣٤) ، المقدمات الممهدات « كتاب الكفالة » (٣٩٩/٢ ، ٤٠٠) ، بداية المجتهد « كتاب الكفالة » (٣١٩/٢) ، قوانين الأحكام الشرعية « الباب السادس في الحمالة » ص ٣٣٧ ، شرح الزرقاني « باب الضمان » (٣٧/٥) ، الإفصاح « باب الضمان » (٣٨٧/١) ، المغني « باب الضمان » (٦١٤/٤ ، ٦١٦) ، الكافي لابن قدامة « باب الكفالة » (٢٣٤/٢) ، الإنصاف « باب الضمان » (٢٠٩/٥ ، ٢١٠) .

(١) سورة يوسف : الآية ٦٦ .
(٢) الزيادة : من (م) ، (ع) .
(٣) لم نقف على هذه الرواية بعد .
(٤) في (م) ، (ع) : [فضمهم] .
(٥) تقدم تخريجه في مسألة (٧٣٨) .
(٦) لفظ : [حكم] ساقط من (م) ، (ع) : [قال] ، مكان : [حكم] .
(٧) في (ع) : [تلزم] ، مكان : [يلزم [وفي (م) ، (ع) : [في هذا] ، مكان : [فيها] .
(٨) لفظ : [شيئا] ساقط من (ع) .
(٩) في (م) ، (ع) : [ابن رواحة] .
(١٠) في سائر النسخ : [عبد الله بن قرضة بن كعب الأنصاري] ، والصواب ما أثبتناه .
(١١) في (م) : [فجوز] .

في قومه ، فقال عدي بن حاتم : ثؤلول [(١)] الكفر أطلع رأسه فاحسمه ، فلا يكون بعده شيء ، وقال الأشعث بن قيس ، وجرير بن عبد الله : بل استتبهم وكَفِّلْهم عشائرهم ، فاستتابهم وكفلهم عشائرهم ونفاهم إلى الشام » [(٢)] .

١٤٨٨٢ - فاتفق على جواز الكفالة : ابن مسعود ، وجرير بن عبد الله ، والأشعث بن قيس ، وقرظة بن كعب ، وعدي بن حاتم [(٣)] ، وغيرهم .

وروي : « أن حمزة بن عمرو الأسلمي أراد أن يرجم رجلًا قد زنا ، [فقيل له : أصلحك الله ، إن أمره رفع [(٤)] إلى عمر ، فجلده مائة ولم ير عليه الرجم] [(٥)] ، فأخذ حمزة بالرجل كفيلًا حتى قدم على عمر ، فسأله عن ذلك فصدقه » [(٦)] ، وحمزة من أكابر الصحابة ، ولم ينكر عمر الكفالة .

وروي : « أنه كان لعبد الله بن عمر على عليٍّ بن أبي طالب دين : فتكفلت أم كلثوم بنت على بعلي » [(٧)] .

١٤٨٨٣ - ولا يقال : تكفلت بالدين الذي عليه ؛ لأن المروي : أنها تكفلت به .

١٤٨٨٤ - ومن أصحابنا من حكى عن عثمان ، وعمران بن حصين جواز ذلك [(٨)] ،

---

(١) في جميع النسخ : [على بن حاتم] ، مكان : [عدي بن حاتم] ، والمثبت من السنن الكبرى للبيهقي ، والمحلي لابن حزم . الثؤلول - بضم الثاء وإسكان الهمزة - : بثر صغير صلب مستدير ، يظهر على الجلد ، كالحمصة أو دونها ، والجمع : ثآليل . راجع : لسان العرب ، مادة : [ثأل] (٤٦٧/١) ، المعجم الوسيط (٩٢/١) .

(٢) أخرجه ابن حزم في المحلي بالآثار « كتاب الكفالة » (٤٠٨/٦) ، المسألة (١٢٣٧) ، والبيهقي في الكبرى « كتاب المرتد » ، « باب من قال في المرتد : يستتاب مكانه فإن تاب وإلا قتل » (٢٠٦/٨) ، وأبو داود مختصرًا بمعناه في السنن « كتاب الجهاد » ، « باب في الرسل » (٨٤/٢ ، ٨٥) ، وذكر البخاري الجزء الأخير منه بلا إسناد ، في الصحيح « باب الكفالة في القرض والديون بالأبدان » (٣٨/٢) .

(٣) في سائر النسخ : [عبد الله بن قريضة بن كعب وعلي بن حاتم] ، غير أن قوله : [عبد الله بن] ساقط من صلب (ص) ، واستدركه المصنف في الهامش ، والصواب ما أثبتناه كما سبق آنفًا .

(٤) في (م) ، (ع) : [وقع] .

(٥) ما بين المعكوفتين : ساقط من صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش .

(٦) أخرجه الطحاوي مطولًا بمثل هذا اللفظ ، في المعاني « كتاب الحدود » ، « باب الرجل يزني بجارية امرأته » (١٤٧/٣) ، وابن حزم بلفظ آخر ، في نفس المصدر السابق ، وأخرجه البخاري معلقًا .

(٧) ذكره ابن الهمام ، بلفظ : « كان بين علي وعمر (رضي الله عنهما) خصومة ، فكفلت أم كلثوم بنفس علي » ، في فتح القدير (١٦٥/٧) .

(٨) لم نقف على أثر عثمان وعمران (رضي الله عنهما) بعد .

ولا يعرف له مخالف ، وهذه المسألة فيها إجماع بعد الصحابة أيضًا ، أنه لم يقل أحد من الفقهاء ببطلانها ، ولا صرح الشافعي بذلك ، وأهل الأعصار يعتقدونها [١] من غير مانع ولا نكير ، فدل ذلك على جوازها .

١٤٨٨٥ - فإن قيل : أصحاب ابن نواحة تابوا ؛ فلم يجب [٢] عليهم شيء ، فكيف يصح الكفالة بها في حق من لا يجب عليهم ؟ .

١٤٨٨٦ - قلنا : يجوز أن يكونوا أظهروا التوبة ولم يبطنوها [٣] ، ألا ترى : أن ابن مسعود ﷺ قال لصاحبهم : ما فعل القرآن الذي كنت تقرأ ؟ قال : كنت أتقيكم به [٤] ، فلما جوزوا [٥] ذلك يتحقق سقوط الحد عنهم ، فكفلهم لهذا [٦] المعنى .

١٤٨٨٧ - فإن قيل : الكفالة في الحدود لا تجوز عندكم .

١٤٨٨٨ - قلنا : قد بينا أنها جائزة ، وإنما لا يطالب الإمام بها ، فيجوز أن يكون القوم بذلوها ولم يبتدئ بمطالبتهم .

١٤٨٨٩ - ولأنه نوع كفالة ؛ فكان فيها ما يصح ، كالكفالة بالمال .

ولا يمكن القول بموجبها في الأعيان المضمونة ؛ لأن ضمان الأعيان فيها وجهان ، فرع على هذه المسألة .

١٤٨٩٠ - فإذا قالوا : إن الكفالة لا تجوز ، كذلك بالعين .

ولأن كل عقد لا يفتقر إلى التأجيل إذا صح بما في الذمة ، صح بالعين ، كالبيع ، والإجارة .

١٤٨٩١ - فإن قبلوا فقالوا : يصح على نفس الحر ؛ لم يكن للوصف في القلب تأثير .

١٤٨٩٢ - ولأن كل ما يلزم المدعى عليه لا يجوز [٧] فيه النيابة ، صحت الكفالة به

---

(١) في (ص) ، (م) : [يعتقدوها] .

(٢) في (م) ، (ع) : [ابن رواحة] ، مكان : [ابن نواحة] . في جميع النسخ : [لم يأتوا لم يجب] ، مكان : [تابوا فلم يجب] ، والصواب ما أثبتناه ، فقد ورد في صحيح البخاري ، وفي رواية البيهقي : [فاستتبهم فتابوا] .

(٣) في (ع) : [ولم يبطلوها] .

(٤) هذا جزء من حديث حارثة بن مضرب ، أخرجه البيهقي بطوله ، وفيه : [فقال عبد الله بن مسعود لعبد الله بن نواحة : أين ما كنت تقرأ من القرآن ؟ قال : كنت أتقيكم به] ، في نفس المصدر السابق .

(٥) في (م) ، (ع) : [جوز] .

(٦) في (م) ، (ع) : [بهذا] .

(٧) في (م) : [لما يجوز] ، وفي (ع) : [لما تجوز] .

مع القدرة على تسليمه ، كالأموال .

١٤٨٩٣ - احتجوا : بأنه يثبت في ذمته عينًا بعقد ، أو ضمن بيعه عينًا بعقد ، فوجب أن يكون باطلا ، كما لو أسلم في ثمرة نخلة [١] قائمة .

١٤٨٩٤ - قلنا : لا نسلم أنه يثبت في ذمته عينًا ، وإنما ضمن الإحضار ، وذلك ليس بعين [٢] .

١٤٨٩٥ - فإن قيل : هذه المسألة عبر عنها الفقهاء بأنها كفالة بالنفس [٣] .

١٤٨٩٦ - قلنا : معناه : كفالة بإحضار النفس ، وقد يحذف المضاف ويقام المضاف إليه مقامه [٤] .

١٤٨٩٧ - فأما السلم في الأعيان : فإن لم يشترط التأجيل جاز العقد وكان بيعًا ، وإن ذكر التأجيل فسد العقد ، لأن الأعيان لا يصح تأجيلها [٥] .

١٤٨٩٨ - فأما الكفالة : فالمضمون الإحضار وذلك يجري مجري المنافع ، فيصح دخول عليه .

١٤٨٩٩ - قالوا : كفالة بنفس من عليه حق ؛ فوجب / أن تكون باطلة ، أصله : إذا كانت ببدن من عليه حد . ١٧١/أ

١٤٩٠٠ - قلنا : هذا الأصل غير مسلَّم ، ويجوز الكفالة فيه بالإحضار على ما بينا .

١٤٩٠١ - قالوا : عقد على غير [٦] شرط فيه تأخير التسليم ؛ فوجب أن لا يصح . أصله : إذا باع عينًا وشرط أن يسلمها في وقت مستقبل [٧] .

١٤٩٠٢ - قلنا : لا نسلم أن العقد وقع على عين ، وإنما وقع على منفعة .

١٤٩٠٣ - وقولهم [٨] : - « شرط فيها تأخير التسليم - » [٩] لا معنى له ؛ لأنه لو كفل بالنفس على أن يسلمها في الحال لم يصح [١٠] عندهم ، ولا معنى لذكر شرط التأخير .

---

(١) في (م) ، (ع) : [نخل] .
(٢) في (م) ، (ع) : [بغيره] .
(٣) في (م) ، (ع) : [في النفس] .
(٤) في (م) ، (ع) : [وقام مقامه المضاف إليه] .
(٥) في (ع) : [لا تصح] ، وفي (م) ، (ع) : [بأجلها] ، مكان : [تأجيلها] .
(٦) في (ع) ، (ن) : [عين] مكان : [غير] .
(٧) في (م) ، (ع) : [مستقل] .
(٨) في (ع) : [وقوله] .
(٩) في (م) ، (ع) : [السلم] .
(١٠) في (ع) : [لا يصح] .

١٤٩٠٤ - ولأن الأعيان إذا شُرِط تأخير تسليمها لم يكن في ذلك فائدة إلا مع موجب العقد فيها ؛ لأن المسلم في الثاني : هو الذي يسلم في الحال ، وليس كذلك تسليم المكفول به ؛ لأن التسليم في وقتٍ غيرُ التسليم في غيره [١] ، لأنه قد ينتفع بإحضاره في وقت مخصوص بإقامة البينة عليه ، فصار ذلك كالأجل في الديون لما كان في ثبوته فائدة صح أن يثبت .

١٤٩٠٥ - قالوا : كفالة بعين ؛ فلم تصح كالكفالة [٢] بالمال الذي في يد الموصي والمضارب ، وكما لو تكفل بنفسه ، بغير إذنه .

١٤٩٠٦ - قلنا : قد بينا أن الكفالة ليست بالعين ، والوصف غير مسلَّم . فأما الكفالة بالمال إذا كان أمانة فإنها لا تصح [٣] ؛ لأنه غير مضمون على المكفول عنه ، فلا يصح أن يضمنه كفيله ، وإنما يجب على المؤتمن دفع يده ، والتخلية بين المالك وماله ، فإذا [٤] ضمن ضامن هذا المعنى صح ، كما أن حضور المدعي معنى يلزمه ويخاصم فيه ، فيصح أن يضمن عنه .

١٤٩٠٧ - فإن قيل : الشاهد يلزمه أن يحضر لأداء الشهادة ، ولا يتكفل بحضوره .

١٤٩٠٨ - قلنا : ما يلزمه [٥] عبادة لا يصح أن يخاصم فيها ولا يتكفل بها ، كما لا تصح الكفالة [٦] بالعبادات ، فأما [٧] إذا تكفل بالنفس بغير أمر المكفول عنه فتصح الكفالة عندنا ، كما تصح الكفالة بالمال بأمره وبغير أمرِه .

١٤٩٠٩ - قالوا : كفالة لا تجب في الذمة ، فوجب أن لا تصح ، كالكفالة بالأمانات .

١٤٩١٠ - قلنا : إذا جاز أن يلزم المدعى عليه مال في ذمته وجاز أن يلزمه حق هو الحضور [٨] ، ثم لو جاز أن يضمن أحد [٩] الأمرين جاز أن يضمن الآخر .

١٤٩١١ - والمعنى في الأمانات : ما ذكرنا : أن العين غير مضمونة على الأصيل [١٠] ،

---

(١) زيادة بين [غيره] و [لأنه] في هذه الجملة بلفظ : « وعرض في كل واحد من المسلمين » ولم نشأ إثباتها لفساد المعنى بها ولخروجها عن السياق .

(٢) في (م) ، (ع) : [الكفالة] ، بدون الكاف .

(٣) في (م) ، (ع) : [لا يصح] . (٤) في (م) ، (ع) : [فإن] .

(٥) في (م) ، (ع) : [يلزمه] ، بدون [ما] .

(٦) في (ع) : [لا تصح الكفالات] . (٧) في (م) ، (ع) : [وأما] .

(٨) في (م) ، (ع) : [لهذا بخضور] ، مكان : [هو الحضور] .

(٩) فلفظ : [أحد] ساقط من (م) ، (ع) . (١٠) في (م) ، (ع) : [الأصل] .

فلم يضمنها الكفيل ، ولهذا جوزنا الكفالة بالأعيان المضمونة ، فأما أن يكفل بتسليم الأمانة فيجوز فيما يلزم الأصيل (١) تسليمها

١٤٩١٢ – فإن قيل : إنما تثبتون كلامكم في هذه المسألة على أن الحضور يستحق على المدعى عليه ، ونحن لا نسلم ذلك ، لأنه إن كان المدعي صادقا لزم دفع الحق ، وإن كان كاذبا لم يجب عليه الحضور ، وكان له دفعه عن نفسه .

١٤٩١٣ – قلنا : غلط ؛ لأن المدعي قد يكون صادقًا ، فلا يمكن (٢) الخروج من الحق إلا بالحضور ، مثل أنَ تَّدعي (٣) عليه العُنَّة ، فلا يمكن إيفاء (٤) الحق إلا بتأجيل الحاكم . والمدعى عليه القذف إذا (٥) كان صادقًا لم يمكنه إيفاء (٦) حقه إلا بالحاكم . ومن يدعي حقًّا على الميت ولا يمكن الوصي دفع حقه وإن علم صدقه ، لأنه لا يصدق على الصغار ، ولابد من الحضور ليحكم الحاكم ، فعلم أن التقسيم الذي قسموه ليس بصحيح .

١٤٩١٤ – ولأن المدعي إذا كان كاذبًا فإن الحضور فيه (٧) حق اللّٰه ، ولهذا يطالب الحاكم به ويؤدب على الامتناع منه ، فيجب عليه الحضور لحق اللّٰه تعالى وإن كان يعلم أنه لا حق عليه ، كما أن القاذف إذا (٨) كان صادقًا يجب عليه الحضور مع مدعي القذف عليه ؛ لأنه تعلق عليه حق اللّٰه تعالى وهو الجلد ؛ فلزمه الحضور لأجل ذلك .

١٤٩١٥ – قالوا : لو صحت هذه الكفالة لم يبرأ الكفيل منها إلا بالإبراء أو بالأداء ، كالكفالة بالديون ، فلما سقطت بموت المكفول عنه علم أنها لا تصح .

وربما قالوا : كل عين لم تكن مضمونة مع التلف لم تكن مضمونة مع السلامة ، كالوديعة (٩) .

١٤٩١٦ – قلنا : إذا مات المكفول به فموته يسقط (١٠) عنه الحضور ، وسقوط الحق عن الأصيل يوجب سقوطه عن الكفيل . وبمثله في الكفالة بالمال إذا وهب مولى العبد عبده من غريمه برئ كفيله ، فلم يوجد هناك سقوط الدين عن كفيله .

---

(١) في (م) ، (ع) : [الأصل] .
(٢) في (م) ، (ع) : [فلا يمكنه] .
(٣) في (م) ، (ع) : [أن يدعي] .
(٤) في (م) ، (ع) : [إبقاء] بالباء ، والقاف المعجمتين .
(٥) في (م) ، (ع) : [فإذا] .
(٦) في (ع) : [إبقاء] .
(٧) لفظ : [فيه] ساقط من (ع) .
(٨) في (م) ، (ع) : [إن] .
(٩) قاعدة : « كل عين لم تكن مضمونة مع التلف لم تكن مضمونة مع السلامة ، كالوديعة » .
(١٠) في (م) ، (ع) : [سقط] .

مسألة ٧٤٢

شرط الخيار في الكفالة

١٤٩١٧ - قال أصحابنا : إذا شرط في الكفالة الخيار ، جاز [١] .

١٤٩١٨ - وقال الشافعي : لا يصح شرط الخيار فيها ، وتبطل الكفالة [٢] .

١٤٩١٩ - لنا : أنه شرط يجوز في المبيع ، فجاز في الكفالة ، كشرط الأجل .

ولأن كل عقد لا يستحق فيه القبض في حال المجلس لا يبطله خيار الثلاث [٣] ؛ أصله : البيع .

ولا يلزم : الصرف ، والسلم ؛ لأن القبض في المجلس فيهما شرط .

ولا يلزم : النكاح ؛ لأن خيار الشرط لا يبطله .

ولأنه عقد يجوز بالدراهم المؤجلة ؛ فلا يبطله خيار الثلاث ، كالبيع .

١٤٩٢٠ - فإن قيل : جواز الخيار في البيع استحسان ، وعندكم : لا يجوز القياس على موضع [٤] الاستحسان .

١٤٩٢١ - قلنا : يجوز عندنا إذا كان غير المذكور أولى بالحكم من المذكور ، والخيار فيه خطاب ، والكفالة تحتمل من الأخطار [٥] ما لا يحتمله البيع ، فإذا جاز في البيع ففي الكفالة أولى .

١٤٩٢٢ - احتجوا : بأن الكفيل قد دخل على بصيرة بترك حظه ، فلم يثبت له الخيار ، كالمولى في الكتابة .

١٤٩٢٣ - قلنا : الأصل غير مسلَّم ، ويجوز شرط الخيار في الكتابة .

---

(١) في (ع) : [إذا شرط الخيار في الكفالة جاز] ، بتقديم : [الخيار] . راجع المسألة في : روضة القضاة « كتاب الضمان والكفالة » (٤٦٠/١) ، المسألة (٢٦٧٢) .

(٢) راجع المسألة في : الأم « باب الضمان » (٢٠٤/٣) ، حلية العلماء « كتاب الضمان » (٧٧/٥) ، فتح العزيز مع الوجيز « كتاب الضمان » ، « الباب الأول في أركانه » بذيل المجموع (٣٨٠/١٠) ، المغني « باب الضمان » (٦١٣/٤) .

(٣) قاعدة : « كل عقد لا يستحق فيه القبض في حال المجلس لا يبطله خيار الثلاث » .

(٤) في (م) ، (ع) : [مواضع] .

(٥) في (م) ، (ع) : [يحتمل من الإحصار] ، مكان المثبت .

١٤٩٢٤ - ولأن الكفيل يحتاج إلى الارتياء ؛ لأن من الناس من يكون مليًّا بالدين ، فإذا تكفل عنه بأمره قدر على الرجوع ، ومنهم من يكون بخلاف ذلك ، وقد يتكفل ويكون الطالب سهل [1] المطالبة ولا يفسده على غريمه ، وقد يكون بخلاف ذلك ، وهو بشرط الخيار ليختبر [2] حالهما ، كما شرط في المبيع [3] لينظر هل له حظ [4] أم لا ؟ .

١٤٩٢٥ - قالوا : عقد يلزم بنفسه ، فلم يدخله خيار الشرط ، كالنكاح [5] .

١٤٩٢٦ - قلنا : خيار الشرط للفسخ ، والنكاح لا يدخله الفسخ ، والكفالة يدخلها الفسخ ، ولا يعتبر فيها القبض في المجلس ، كالبيع .

* * *

(١) في (م) ، (ع) : [ممن سهل] ، بزيادة : [ممن] .

(٢) في (م) ، (ع) : [شرط الخيار] بدون الباء ، وفي (ع) : [لتخيير] ، مكان : [لتختبر] .

(٣) في (م) ، (ع) : [البيع] .

(٤) في جميع النسخ : [حط] ، بالطاء المهملة ، لعل تصويبه بالمعجمة .

(٥) في (م) ، (ع) : [كالخيار] ، مكان : [كالنكاح] .

موسوعة

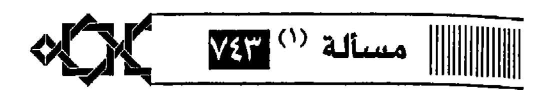
القواعد الفقهية المقارنة

المسماة

التجريد

كتاب الشركة





مسألة (١) ٧٤٣

شركة المفاوضة

١٤٩٢٧ - قال أصحابنا : شركة المفاوضة (٢) جائزة ، وحكمها : أن يتساوي الشريكان في الأموال ، لكن يصح عقد الشركة عليها ، ويتساويا في التصرف ، ويكون كل واحد منهما وكيل الآخر وكفيلًا عنه (٣) .

١٤٩٢٨ - وقال الشافعي : شركة المفاوضة (٤) باطلة ، وقال : إن كانت صحيحة فليس في الدنيا عقد باطل ، ما القمار إلا هذا (٥) .

---

(١) قال ابن الهمام : « الشركة لغة : خلط النصيبين بحيث لا يتميز أحدهما ، وما قيل : إنه اختلاط النصيبين تساهل ، فإن الشركة اسم مصدر ، والمصدر : الشرك مصدر شركت الرجل أشركه شركًا ، فظهر أنه فعل الإنسان ، وفعله الخلط » ، في فتح القدير (١٥٢/٦) ، وفي الشرع : قال الشيخ زاده في مجمع الأنهر (٧٢٢/١) : « هي عبارة عن عقد بين المتشاركين في الأصل والربح » ، وقال ابن قدامة في المغني (٣/٥) : « هي الاجتماع في استحقاق أو تصرف » ، وقال صاحب كفاية الأخيار (٢٨٠/١) : « الشركة : عبارة عن ثبوت الحق في الشيء الواحد لشخصين فصاعدًا على جهة الشيوع » .

(٢) المفاوضة لغة : المساواة والمشاركة ، وهي مفاعلة من التفويض ، كأن كل واحد منهما رد ما عنده إلي صاحبه . راجع : النهاية « باب الفاء مع الواو » (٤٧٩/٣) ، لسان العرب ، مادة : « فوض » (٣٤٨٦/٥) .
وشركة المفاوضة هي : أن يشترك متساويان فأكثر تصرفًا ودينًا ومالًا وربحًا ، وتتضمن الوكالة والكفالة . راجع : فتح القدير مع الهداية (١٥٦/٦) ، مجمع الأنهر (٧٢٥/١) ، المهذب (٣٤٦/١) ، الكافي لابن قدامة (٢٦٦/٢) .

(٣) راجع تفصيل المسألة في : مختصر الطحاوي « كتاب الشركة » ص (١٠٦ ، ١٠٧) ، روضة القضاة « كتاب الشركة » ، « فصل أنواع شركة العقود » (٥٦٢/٢ ، ٥٦٣) ، المسألة (٣٣٢٣) ، بدائع الصنائع « كتاب الشركة » (٥٨/٦) ، فتح القدير مع الهداية ، وبذيله العناية « كتاب الشركة » (١٥٦/٦ - ١٥٨) ، البناية مع الهداية « كتاب الشركة » (٨٢٧/٦ - ٨٣١) ، مجمع الأنهر « كتاب الشركة » (٧٢٥/١) .

(٤) في (م) ، (ع) : [المعاوضة] .

(٥) راجع المسألة في : الأم ، في « الشركة » (٢٠٦/٣) ، مختصر المزني « باب الشركة » ص١٠٩ ، حلية الفقهاء « باب الشركة » ص١٤٤ ، المهذب مع تكملة المجموع الثانية ، « كتاب الشركة » (٧٣/١٤ - ٧٥) ، حلية العلماء « كتاب الشركة » (٩٩/٥ - ١٠١) ، فتح العزيز مع الوجيز « كتاب الشركة » ، بذيل المجموع (٤١٣/١٠ ، ٤١٥) ، الكافي لابن عبد البر « كتاب الشركة » ، « باب تصرف الشريك في مال الشركة » (٧٨٣/٢) ، المقدمات الممهدات « كتاب الشركة » (٣٥/٣ ، ٣٩) ، بداية المجتهد « كتاب الشركة » (٢٧٦/٢) ، قوانين الأحكام الشرعية « الباب الخامس في الشركة » ص٢٩٠ ، البهجة في شرح التحفة « فصل في الشركة » (٢٠٩/٢ ، ٢١٠) ، المغني « كتاب الشركة » (٣٠/٥) ، الكافي لابن قدامة « باب الشركة » (٢٦٦/٢) ، الإنصاف « كتاب الشركة » (٤٦٤/٥ ، ٤٦٥) .

١٤٩٢٩ - وهذا كلام يتوجه علي ابن أبي ليلى لأنه يقول : ما ورثه أحد المتفاوضين أو وهب له [١] فللآخر نصفه ، وكذلك إذا أخذ أحدهما كراء [٢] ، فأما نحن فلا نقول هذا .

والدليل [٣] على ما قلنا : قوله تعالى : ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِ ﴾ [٤] ، وقوله ﷺ : « المسلمون عند شروطهم » [٥] ، وقوله ﷺ : « تفاوضوا فإنه أعظم للبركة » [٦] ، وقال : « إذا تفاوضتم فأحسنوا المفاوضة ، فإنه [٧] أعظم للبركة ، ولا تجادلوا [٨] فإن المجادلة من الشيطان » [٩] .

١٤٩٣٠ - ولا يقال : إنه محمول على المفاوضة في الرأي ؛ لأن اللفظ عام في الجميع .

١٤٩٣١ - قالوا : هذا الاسم لهذا العقد لم يكن في زمن النبي ﷺ .

١٤٩٣٢ - قلنا : غلط ؛ فإن العُتْبي [١٠] قال في « علوم الحديث » : المفاوضة لغة أهل الحجاز ، وهذا يدل على [١١] أنهم يعرفون الاسم .

---

(١) في (م) ، (ع) : [المتعاوضين إذا وهب له] ، مكان المثبت .

(٢) في جميع النسخ : [كرا] ، لعل الصواب ما أثبتناه بالهمزة ، والكراء : الأجرة . راجع : المصباح المنير ، مادة : [كري] (٥٠٥/٢) .

(٣) راجع في ذلك : اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلي [باب في الشركة والعتق وغيره] ص٩٧ ، الأم [كتاب ما اختلف فيه أبو حنيفة وابن أبي ليلي] ، [باب في الشركة والعتق وغيره] (١٣٥/٧) (ط ، دار المعرفة) ، مختصر الطحاوي [كتاب الشركة] ص١٠٧ ، فتح القدير مع الهداية ، وبذيله العناية [كتاب الشركة] (١٦٤/٦) ، وفي ط : [التابل] ، وفي (ع) : [التأويل] ، مكان : [والدليل] .

(٤) سورة المائدة : الآية ١ .

(٥) تقدم تخريجه في المسألة (٦١٧) وفي مسألة (٦٣٨) .

(٦) في (ع) : [تعاوضوا] ، مكان : [تفاوضوا] ، وفي (م) ، (ع) : [البركة] ، مكان : [للبركة] .

(٧) في (ص) : [فإن] ، بدون الهاء .

(٨) قوله : [ولا تجادلوا] ساقط من (م) ، (ع) ، و من صلب (ص) ، واستدركه في الهامش .

(٩) لم نقف على هذا الحديث بعد .

(١٠) في (م) : [العببي] بدون نقط . قال السمعاني : [العتبي : بضم العين المهملة ، وسكون التاء المنقوطة باثنتين من فوقها ، وكسر الباء بواحدة من تحتها] ، ثم ذكر من اشتهر بهذه النسبة ، ولعل المراد هنا بالعتبي : هو أبو الحسين ، أحمد بن إبراهيم بن عبدوية بن سدوس الهذلي ، العبدويي ، النيسابوري ، والد الحافظ أبي حازم عمر ، حدث عن أبي بكر بن خزيمة ، وغيره ، وحدث عنه ابنه أبو حازم ، والحاكم ، وغيرهما ، توفي ﷺ في رمضان ، سنة خمس وثمانين وثلاثمائة .

(١١) لفظ : [على] ساقط من (م) ، (ع) .

١٤٩٣٣ - ولأنه نوع شركة ؛ فكان منه ما يصح ، كشركة العنان [(١)] .

ولا يلزم : الشركة بالعروض ، وشركة الاحتطاب والاصطياد ؛ لأنها بعض النوع ، ألا ترى : أنها إما أن تقع [(٢)] مفاوضة ، أو عنانًا [(٣)] .

١٤٩٣٤ - قالوا : هذه الأنواع المشتركة اصطلح الفقهاء عليها ، ولم تكن متنوعة [(٤)] على زمن رسول الله ﷺ ، فكيف تكون [(٥)] علة الحكم ؟ .

١٤٩٣٥ - قلنا : شركة المفاوضة : لغة أهل الحجاز على ما قدمنا ، وشركة العنان : [(٦)] اسم موضوع في اللغة ، ذكره أهل اللغة في كتبهم وبينوا اشتقاقه ، وجاء في الشعر [(٧)] :

وشاركنا قريشًا في تقاها   وفي أحسابها شرك العنان [(٨)]

١٤٩٣٦ - وإذا كان هذا التنويع في الجاهلية لم يصح ما قالوه .

١٤٩٣٧ - فإن قيل : في الشرع عقود انفرد كل واحد منها باسم وجميعها فاسدة

---

(١) في (م) ، (ع) : [العيان] . وشركة العنان : هي أن يشتركا في شيء خاص دون سائر أموالهما ، قال ابن السكيت : وشركة العنان كأنها مأخوذة من عَنَّ لهما شيء إذا عرض ، فإنهما اشتركا في شيء معلوم ، وانفرد كل منهما بباقي ماله . وقال بعضهم : مأخوذة من عنان الدابة ، إما لاستواء الشريكين في ولاية التصرف والفسخ والربح بقدر المالين ، كاستواء طرفي العنان ، أو لمنع كل منهما الآخر التصرف كما شاء ، كمنع العنان الدابة ، أو لمنع الشريك نفسه من التصرف في المشترك ، وهو مطلق التصرف في أمواله ، كمنع الآخذ العنان بإحدى يديه من استعماله كيف شاء ، ويده الأخرى مطلقة يستعملها كيف شاء ، وقيل : من عن الشيء إذا ظهر ، لأنها أظهر الأنواع ، أو لأنه ظهر لكل من الشريكين مال الآخر ، وقيل : من المعانة ، وهي المعارضة ، لأن كل واحد من الشريكين عارض شريكه بمثل ماله . راجع : المقدمات الممهدات « كتاب الشركة » (٣٧/٣) ، المغرب في « العين مع النون » ص٣٣٠ ، تهذيب الأسماء واللغات ، مادة : [عنن] (٤٧/٣) ، لسان العرب (٣١٤١/٤) ، المصباح المنير (٤١٠/٢) ، أنيس الفقهاء ص١٩٤ ، مغني المحتاج « كتاب الشركة » (٢١٢/٢) .

(٢) في (م) : [أن يقع] .

(٣) في (ص) : [عنان] ، وفي (م) : [عيان] ، وفي (ع) : [عيانًا] ، والصواب كما أثبتناه .

(٤) في (م) : [لم يكن] ، مكان : [لم تكن] ، وفي (م) ، (ع) : [متبوعة] ، مكان : [متنوعة] .

(٥) في (م) ، (ع) : [يكون] .

(٦) في (م) ، (ع) : [العيان] .

(٧) في (م) ، (ع) : [فبينوا اشتقاه وحاب الشعر] ، مكان المثبت .

(٨) في (ص) : [وشاركها قريشًا في بقاها] ، مكان الشطر الأول ، وفي (م) ، (ع) : [وشاركها قريئا من بقاها : وفي حسابها ترك العنان] ، مكان المثبت ، والتصويب من لسان العرب . والقائل لهذا البيت هو النابغة الجعدي ، ذكره ابن منظور في لسان العرب مادة : [عنن] (٣١٤١/٤) ، والكاساني في بدائع الصنائع (٥٨/٦) .

كبيع المَجْر [١] ، والملامسة ، والمنابذة [٢] .

١٤٩٣٨ - قلنا : هذا غلط ؛ لأن أنواع البيع مع الأعيان والصرف والسلم ، فأما بيع المجر [٣] فهو : عقد على عين مخصوص ، كبيع الخمر والميتة ، فهو بعض نوع بيوع [٤] الأعيان ، وأما بيع المنابذة والملامسة : فهما أيضًا [٥] بعض نوع بيوع [٦] الأعيان ، وإنما صفة الإيجاب والقبول فيهما تختلف .

١٤٩٣٩ - فإن قيل : المعنى في العنان إذا تفاضلا في المال ، فلا تصح المفاوضة [٧] ، ثم التفاضل يبطل [٨] بموضوع عقد المفاوضة [٩] ، لأن معناها التساوي ، ولا يبطل موضوع العنان .

١٤٩٤٠ - ولا يقال : لَـمَّا صح أحد [١٠] العقدين مع وجود معنى لا ينفي مقتضاه صح العقد الآخر معه وإن عين مقتضاه ؛ ألا ترى : أن بيوع الأعيان لا يعتبر فيها التقابض ويعتبر في عقد الصرف [١١] .

ثم لا يصح أن يقال : لما جاز البيع مع ترك التقابض جاز كذلك بالصرف ، لأن الصرف

---

(١) في سائر النسخ : [المحير] ، الصواب ما أثبتناه . والمَجْر - بفتح الميم وإسكان الجيم - : قال أبو زيد : هو أن يباع البعير أو غيره بما في بطن الناقة ، وقيل : هو اشتراء ما في الأرحام ، وقيل : هو المحاقلة والمزابنة . راجع : السنن الكبرى للبيهقي « كتاب البيوع » ، « باب النهي عن بيع حبل الحبلة » (٣٤١/٥) ، النهاية « باب الميم مع الجيم » (٢٩٨/٤ ، ٢٩٩) ، المغرب ص٤٣ ، تهذيب الأسماء واللغات ، مادة : « مجر » (١٣٤/٣) ، لسان العرب (٤١٣٩/٥) ، المصباح المنير (٥٣٧/٢) ، تلخيص الحبير (١٦/٣) ، الحديث (١١٧٢) .

(٢) اختلف العلماء في تفسير الملامسة على ثلاثة أقوال ، أحدها : أن يأتي بثوب مطوي ، أو في ظلمة ، فيلمسه المستام فيقول صاحب الثوب : بعتكه بكذا ، بشرط أن يقوم لمسك مقام نظرك ، ولا خيار لك إذا رأيته ، والثاني : أن يجعل نفس الملمس بيعًا بغير صيغة زائدة ، والثالث : أن يجعلا اللمس شرطًا في قطع خيار المجلس . ولهم في المنابذة أيضًا ثلاثة أقوال ، أحدها : أن يجعلا نفس النبذ بيعًا ، بأن يقول : أنبذ إليك ثوبي وتنبذ إلي ثوبك على أن كل واحد مبيع بالآخر ، والثاني : أن يجعل النبذ بيعًا بغير صيغة ، والثالث : أن يجعلا النبذ قاطعًا للخيار ، والبيع على التأويلات كلها باطل . راجع : فتح العزيز « كتاب البيوع » ، « الباب الثالث في الفساد من جهة النهي » بذيل المجموع (١٩٣/٨) ، البناية مع الهداية « باب البيع الفاسد » (٢١٠/٧ ، ٢١١) ، نيل الأوطار « باب النهي عن بيوع الغرر » (١٥١/٥) .

(٣) في سائر النسخ : [المحير] ، والصواب ما أثبتناه .

(٤) في (ص) ، (م) : [بنوع] .

(٥) الزيادة : لمقتضى السياق .

(٦) في (ص) ، (م) : [بنوع] .

(٧) في (م) ، (ع) : [المعاوضة] .

(٨) في (م) : [تبطل] .

(٩) في (م) ، (ع) : [المعاوضة] .

(١٠) في (م) ، (ع) : [أخذ] .

(١١) في (م) ، (ع) : [التصرف] .

١٧١/ب مأخوذ من صرف كل واحد منهما ما عقد عليه إلى الآخر / ، فترك القبض ينفي موضوعه .

١٤٩٤١ – فإن قيل : المعنى في شركة العنان : أنها تصح مع اختلاف الدين ، فصحت مع الاتفاق (١) ، [والمفاوضة لا تصح مع الاختلاف في الدين ، فلم تصح مع الاتفاق] ، أو (٢) يقولون : المعنى في العنان : أنها تصح (٣) بين الحر والعبد .

١٤٩٤٢ – قلنا : أصل علتنا (٤) العنان مع اختلاف الدين بين الحر والعبد ، ثم المسلم والكافر ، والحر (٥) والعبد لا يتساويان في تصرفهما ، وموضوع أحد التساوي ، ولهذا تجوز المفاوضة بين اليهودي والنصراني وإن اختلف دينهما لتساويهما (٦) في عرفهما والاختلاف في التصرف لا ينفي مقتضي العنان ، وينفي مقتضي المفاوضة ، فلم يجز أن يقال : لما صح العقد مع وجود معنى لا ينفي (٧) مقتضاه ، صح مع وجود معنى ينفيه على ما قدمنا .

١٤٩٤٣ – ولأن ما يعقد (٨) عليه الشركة يجوز أن يشرط (٩) فيه التساوي . الدليل عليه : أن التساوي في صفة المال مشروط في الشركة باتفاق عندهم في جميع الشركة ، وعندنا في المفاوضة إذا كان الاختلاف يوجد فلا يوجد في (١٠) اختلاف القيمة ، كذلك التساوي في قدر رأس المال يجوز أن يكون (١١) شرطًا .

١٤٩٤٤ – ولأن الشركة عقد يقصد به المال ، فجاز أن يكون فيه ما شرطه التساوي في المال ، كالصرف (١٢) .

١٤٩٤٥ – [ولأنه عقد يتناول ثمنين ؛ فجاز أن يكون التساوي فيهما شرطًا ، كالصرف] .

---

(١) في جميع النسخ : [إنما يصح مع اختلاف الدين وصحت مع الاتفاق] ، مكان المثبت ، الصواب ما أثبتناه .

(٢) ما بين المعكوفتين : ساقط من (م) ، (ع) ، و من صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش ، وفي (م) ، (ع) : [إذ] ، مكان : [أو] .

(٣) في (م) ، (ع) : [الاعشارة إنما يصح] ، مكان : [العنان أنها تصح] .

(٤) في (م) ، (ع) : [علنا] بدون نقطة ، لعل الصواب ، [علتنا] .

(٥) قوله : [والحر] ساقط من (م) ، (ع) . (٦) قوله : [لتساويهما] ساقط من (م) ، (ع) .

(٧) في (ع) : [لا يبقى] .

(٨) في (م) ، (ع) : [ولازمًا] ، مكان : [ولأن ما] ، وفي (ع) : [بعقد] ، مكان : [يعقد] .

(٩) في (ص) ، (م) : [أن شرط] . (١٠) في (م) ، (ع) : [موجب] .

(١١) لفظ : [يكون] ساقط من صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش .

(١٢) في (م) ، (ع) : [كالتصرف] .

ولأن العنان [١] عقد شركة خاصًا ؛ فجاز أن تنعقد شركة هي أعم منها ، كالشركة في نوع من المال [٢] .

ولأن الكفالة نوع معاملة ، أو عقد يوجب الضمان ، أو عقد يتضمن تمليك دراهم بدراهم [٣] ، فجاز أن تتضمنه الشركة والإذن في التصرف بها ، أصله : البيع ، والشركة .

١٤٩٤٦ - ولا يلزم : النكاح ؛ لأن مضمون المفاوضة [٤] أن كل واحد من المتفاوضين يتزوج أيتهما شاء [٥] .

١٤٩٤٧ - ولأن عقود المعاملات أحد نوعي العقود ؛ فجاز أن يؤثر اختلاف الدين في فساده ، كالنكاح [٦] .

١٤٩٤٨ - احتجوا : بما روي « أن النبي ﷺ نهى عن الغرر » [٧] ، وفي هذه الشركة غرر ؛ لأنه لا يدري ما يضمن صاحبهُ ، وإنما يعرف قدره .

١٤٩٤٩ - الجواب : أنا قد بينا [٨] أن أصل الخبر : « نهى عن بيع الغرر » [٩] مطلق ، والمطلق عند مخالفنا يحمل على المقيد .

ولأن الغرر : ما كان الغالب [١٠] فيه عدم السلامة ، وهذا لا يوجد في الشركة ، لأن الغالب فيها [١١] السلامة .

١٤٩٥٠ - قالوا : شركة لا تصح [١٢] مع اختلاف الدين ؛ فلم تصح مع اتفاقه [١٣] ، كالشركة في العروض والاحتطاب .

---

(١) ما بين المعكوفتين : ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) ، واستدركه في الهامش ، وفي (م) ، (ع) : [الأعيان] ، مكان : [العنان] .

(٢) قوله : [من المال [ساقط من (م) ، (ع) .

(٣) قوله : [بدراهم] ساقط من (م) ، (ع) . (٤) في (م) ، (ع) : [المعاوضة] .

(٥) في جميع النسخ : [الشرك] ، ولا يستقيم به المعنى ، لعل الصواب : [شاء] ، مكان : [الشرك] .

(٦) في (م) ، (ع) : [في النكاح] . (٧) في (م) ، (ع) : [الغرور] .
والمعروف : أنه عليه الصلاة والسلام نهي عن بيع الغرر .

(٨) في (م) ، (ع) : [والجواب [بالعطف ، وفي (ع) : [قدمنا] ، مكان : [قد بينا] .

(٩) تقدم تخريجه في مسألة (٥٦٤) ، وفي مسألة (٥٩٥) .

(١٠) في (م) : [الغايب] . (١١) في (م) ، (ع) : [منها] .

(١٢) في (م) : [لا يصح] . (١٣) في (م) ، (ع) : [إتعابه] .

١٤٩٥١ - قلنا : إذا اختلفا في الدين تفاوت تصرفهما ، فلم يوجد مقتضى العقد ، وإذا اتفقا وجد مقتضاه .

١٤٩٥٢ - ولا يقال : إن العقد إذا لم يصح مع فقد مقتضاه ، كذلك مع وجوده ، فأما العنان فمقتضي العقد يوجد مع اختلاف الدين واتفاقه ، فصح كل الوجهين ، كالبيع .

يبين [١] ذلك : أن النكاح لما كان مقتضاه الإباحة لم يوجد بين المسلم والمجوسية ، وبين الكافر والمسلمة لم يصح العقد لفقد [٢] مقتضاه ، وصح مع [٣] اتفاق الدين لوجود [٤] مقتضاه . ولهذا نقول : إن اختلاف الدين إذا لم يوجب اختلاف التصرف لم يمنع المفاوضة [٥] ، كالكافرين ، وكذلك اختلاف الدين إذا لم يمنع الإباحة لم يؤثر في النكاح ، كالمسلم والكتابية واليهودية والنصرانية . وأما الشركة [٦] في العروض والاحتطاب ، فلو عقداها خاصة وهي العنان لم تصح ، كذلك إذا عقداها عامة وجب أن لا تصح [٧] .

١٤٩٥٣ - قالوا : شركة لا تصح [٨] مع التفاضل في جنس المال الذي اشتركا فيه ، فكذلك مع اتفاقه ؛ أصله : إذا شرطا أن ينفرد أحدهما بشيء من الربح والباقي بينهما .

١٤٩٥٤ - قلنا : التفاضل في المال يزول به مقتضى العقد ، والتساوي فيه يوجد معه مقتضاه .

ولا يقال : لما لم يصح (مقتضى) العقد [٩] (وهو البقاء) إذا البقاء مقتضاه لم يصح إن وجد ، أصله [١٠] : إذا [شرطا التفاضل في الربح .

---

(١) في (م) ، (ع) : [تبين] .
(٢) في (ع) : [لعقد] .
(٣) لفظ : [مع] ساقط من صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش .
(٤) في (ص) : [لوجوده] .
(٥) في (م) ، (ع) : [الصرف فلم يمنع] ، مكان : [التصرف لم يمنع] ، وفي (ع) : [المعاوضة] ، مكان : [المفاوضة] .
(٦) في (م) ، (ع) : [واليهودية والنصرانية وإنما الشركة] ، مكان المثبت .
(٧) في (م) ، (ع) : [أن تصح] ، بدون : [لا] .
(٨) في (م) : [لا تصح] .
(٩) لفظ : [مقتضى] زيادة ، ولفظ : [العقد] ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش ، وما بين القوسين : [وهو البقاء] زيادة اقتضاها السياق .
(١٠) في (م) ، (ع) : [وأصله] .

١٤٩٥٥ - والمعنى : أنه شرطٌ لو صح أدي إلى التفاضل المفسد للعقد . وإذا] شرطا [1] التساوي بخلافه ، ولهذا نقول : إن شرط الربح في العنان [2] يصح ، لأنه لا يؤدي إلى إبطال الشركة بنفي مقتضاها [3] .

١٤٩٥٦ - قالوا : عقد لا يصح بين المسلم والذمي من غير أن يلحق بالمسلم صغار ، فلم يصح بين المسلمين ، كشركة الاحتطاب .

١٤٩٥٧ - قلنا : هذا الوصف الذي احترزتم به عن النكاح لعدم الإباحة للصَّغَارِ . ألا ترى : أن المسلم لم يتزوج الوثنية والمجوسية لعدم الإباحة [4] وإن لم يلحقه بذلك صغار ، فثبت أن اختلاف الدين يؤثر في العقد إذا انتفى مقتضاه ، كذلك الشركة إذا انتفي باختلاف الدين مقتضاها من التساوي في التصرف لم يصح ، وإن وجد مقتضاها مع اختلاف الدين .

١٤٩٥٨ - قالوا : عقد شركة على أن يشارك كل واحد منهما صاحبه في ضمان ما لا تقتضيه الشركة ، فوجب أن تكون باطلة . أصله [5] : إذا شرطا أن يدخلا في ضمان الجناية [6] على الآخر .

١٤٩٥٩ - قلنا [7] : عندنا يضمن كل واحد منهما عن الآخر ما يلزمه من الضمان فيما يتعلق بالتجارات وضمان البيع الفاسد ، وكذلك الضمان المتعلق بالمغصوب [8] يتعلق بالتجارة ، لأن ضمانه موضوع للتمليك عندنا .

١٤٩٦٠ - ولأن التجار قد يكون منهم التفريط في الأمانات ، فلم نسلم أنه شَرَطَ المشاركة في ضمان [9] ما لا تقتضيه الشركة . والأصل غير مسلم ؛ لأنها تقتضي مشاركة كل واحد منهما صاحبه فيما يكتسبه بصنعته [10] من غير مال الشركة [11] ،

---

(١) ما بين المعكوفتين : ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) ، واستدركه في الهامش ، وفي (م) ، (ع) : [شرط] ، مكان : [شرطا] .

(٢) قوله : [في العنان [ساقط من (ع) .

(٣) في (م) ، (ع) : [مقتاضاه] .

(٤) في (م) ، (ع) : [الإباحة للصغار] ، بزيادة : [للصغار] .

(٥) لفظ : [أصله] ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش .

(٦) لفظ : [الجناية] ساقط من (ع) .

(٧) في (م) ، (ع) : [وإن قلنا] ، بزيادة : [وإن] .

(٨) في (ص) : [بالغصوب] .

(٩) في (م) ، (ع) : [فيما في ضمان] ، بزيادة : [فيما] .

(١٠) في (م) : [بصيعته] .

(١١) في (ص) : [للشركة] . وما أثبتناه من (م) ، (ن) ، (ع) .

والثاني : المشاركة في الضمان الذي يلزمه في غير مال الشركة بعقد [١] الكفالة وبالغصب وضمان ما يتقبله [٢] من الأعمال .

١٤٩٦١ - قالوا : بدل عمله لا يجوز أن يشارَكَ فيه ؛ لأن عمله ملكه ، فهو كبدل ثوبه ، وكمهر الشريكة .

١٤٩٦٢ - قالوا : ولا تصح المشاركة في الضمان ؛ لأن المضمون له مجهول ، فهو كما لو [٣] قال (أضمن شخصًا فلا يصح) [٤] : لأن عندنا ما يتقبله أحدهما من الأعمال يلزمهما جميعًا ، وكأنهما [٥] عقَدا عليه . وما ابتاعه [٦] أحدهما فكأنهما ابتاعاه ، والعمل واجب عليهما والأجرة لهما ، فكل واحد منهما يستحق بدل العمل الذي لزمه بالعقد ، فإذا [٧] انفرد بالعمل صار معينًا لشريكه ، فحكمه حكم من يقبل بعمل من الأعمال واستعان برجل حتي يعمله ، فإن الأجرة للعاقد وإن [٨] كان العمل حصل من غيره فيكون مستحقًّا بالعقد ، وجاز فيها ما لا يجوز بالانفراد ، ألا ترى : أن شركة العنان تتضمن الوكالة وتصح [٩] مع جهالة ما وكله بابتياعه ، ولو أفرد الوكالة بذلك لم تصح [١٠] ، فإذا صارت تابعة للعقد جاز فيها ما لا يجوز على الانفراد . وكذلك المضاربة [١١] إذا قال : خذ هذه الألف مضاربة [١٢] بالنصف جاز .

١٤٩٦٣ - ولو قال : وكلتك [١٣] ، ولم يبين ما وكله لم يصح ، ولو انفرد بالوكالة انعزل بالنهي ، ولو نهي المضارب عن التصرف بعد الشرى لم يؤثر النهي في منعه من

---

(١) في (ع) : [بقصد] .
(٢) في صلب (ص) : [يبلغه] ، وما أثبتناه من (م) ، (ع) ، وهامش (ص) من نسخة أخرى .
(٣) لفظ : [لو] ساقط من (م) ، (ع) . (٤) ما بين القوسين زيادة .
(٥) في (م) ، (ع) : [وكأنها] .
(٦) في (م) ، (ع) : [وكان ما ابتاعه] ، بزيادة : [كان] ، غير أن الواو العاطفة ساقطة من (م) .
(٧) في (م) ، (ع) : [فإن] . (٨) في (ع) : [فإن] .
(٩) في (م) : [يتضمن الوكالة ويصح] . (١٠) في (م) ، (ع) : [لم يصح] .
(١١) المضاربة في اللغة : مفاعلة من ضرب في الأرض إذا سار فيها ، ومنه قوله تعالى : ﴿ وَءَاخَرُونَ يَضْرِبُونَ فِي ٱلْأَرْضِ ﴾ ، يعني الذين يسافرون للتجارة ، وفي الشرع : المضاربة هي عقد على الشركة بمال من أحد الجانبين وعمل من الآخر . راجع : المغرب ص٢٨١ ، التعريفات ص٢١٨ ، تحفة الفقهاء (١٩/٣) ، فتح القدير مع الهداية (٤٤٥/٨ - ٤٤٧) ، أنيس الفقهاء ص٢٤٧ .
(١٢) في (م) ، (ع) : [وضاربه] ، مكان : [مضاربة] .
(١٣) في (م) ، (ع) : [وكيلك] .

البيع ، وبيع الشريك [١] على الانفراد لا يصح ، ولو دخل تابعا على الأرض جاز ، ولو باع عبدًا بثمن مجهول لم يصح البيع ، ولو باع عبدين بألف جاز العقد مع جهالة حصة [٢] كل واحد من العبدين ، فثبت أن الشيء يجوز فيه تبعًا [٣] لعقد ما لا يجوز فيه إذا أفرده [٤] بالعقد ، كذلك الكفالة لمكفول له مجهول لا تصح [٥] ، وإن صارت تابعة لعقد الشركة جازت .

* * *

(١) في (ع) : [الشركة] ، وفي غيرها : [الشرك] .
(٢) في (م) ، (ع) : [صحة] .
(٣) في (ع) : [بيعا] ، وفي غيرها : [تباعًا] .
(٤) في (م) ، (ع) : [أقروه] .
(٥) في جميع النسخ : [لا يصح] ، والصواب ما أثبتناه ، لأنه راجع إلى الكفالة .



مسألة ٧٤٤

حكم شركة الصنائع

١٤٩٦٤ - قال أصحابنا : شركة الصنائع جائزة [(١)] .

١٤٩٦٥ - وقال الشافعي : باطلة [(٢)] .

لنا : أن الناس يعقدون هذه الشركة في سائر الأعصار ، وقد قال رسول الله ﷺ : « ما رآه المسلمون حسنًا فهو عند الله حسن ، وما رآه المسلمون سيئة فهو [(٣)] عند الله سيئة » [(٤)] .

١٤٩٦٦ - ولأنها نوع شركة كان منها ما يجوز ، كشركة المال .

ولأن ما يستحق به الربح في المضاربة يجوز أن يستحق به الربح في الشركة ، كالأموال .

---

(١) شركة الصنائع : هي أن يشترك اثنان على عمل من الأعمال ، مثل الخياطة والحدادة والصباغة ، على أن يكون الكسب بينهما على ما شرطا ، وتسمي شركة الأعمال ، وشركة التقبل ، وشركة الأبدان ، ولا يشترط الحنفية في جواز هذه الشركة اتحاد العمل والمكان ، خلافًا لزفر . راجع تفصيل المسألة في : مختصر الطحاوي « كتاب الشركة » ص١٠٧ ، روضة القضاة « كتاب الشركة » (٥٧١/٢) ، المسألة (٣٣٧١) ، تحفة الفقهاء « كتاب الشركة » (١١/٣) ، بدائع الصنائع « كتاب الشركة » (٥٧/٦ ، ٥٨ ، ٦٣ ، ٦٥) ، فتح القدير مع الهداية ، وبذيله العناية « كتاب الشركة » (١٨٦/٦ ، ١٨٧) ، البناية مع الهداية « كتاب الشركة » (٨٧٠/٦ - ٨٧٢) ، مجمع الأنهر « كتاب الشركة » (٧٣٤/١) .

(٢) راجع المسألة في : المهذب « كتاب الشركة » (٣٤٦/١) ، حلية العلماء « كتاب الشركة » (٩٧/٥ - ٩٩) ، فتح العزيز مع الوجيز « كتاب الشركة » ، بذيل المجموع (٤١٣/١٠ - ٤١٥) ، كفاية الأخبار « فصل الشركة » (٢٨١/١) ، مغني المحتاج « كتاب الشركة » (٢١٢/٢) ، المدونة « كتاب الشركة » ، « في الصانعين يشتركان بعمل أيديهما » (٢٣/٤) ، التفريع « كتاب الشركة » (٢٠٦/٢) ، الكافي لابن عبد البر « باب شركة الذمم وشركة الأبدان في الأعمال » (٧٨٤/٢) ، المقدمات الممهدات « كتاب الشركة » (٣٧/٣ ، ٣٨) ، بداية المجتهد « كتاب الشركة » ، في « القول في شركة الأبدان » (٢٧٦/٢ ، ٢٧٧) ، قوانين الأحكام الشرعية ، الباب السابق ص٢٩٠ ، كتاب العقد المنظم بهامش تبصرة الحكام (٣٠/٢) ، الإفصاح في « باب الشركة » (٢٠٤/١) ، المغني « كتاب الشركة » (٥/٥ - ٧) ، الكافي لابن قدامة « باب الشركة » (٢٦٢/٢ ، ٢٦٣) ، العمدة مع العدة « باب الشركة » ص٢٥٦ ، الإنصاف « كتاب الشركة » (٤٦٠/٥) ، المحلى بالآثار « كتاب الشركة » (٥٤١٢/٦) ، المسألة (١٢٣٨) .

(٣) قوله : [سيئة فهو] ساقط من صلب (ص) ، واستدركه المصنف في الهامش .

(٤) تقدم تخريجه .

١٤٩٦٧ - ولأنها نوع [١] شركة ينعقد على مال من جنبة وعمل من الأخرى [٢] ، وذلك مختلف ؛ فإذا انعقدت من الجنبتين [٣] كانت أقرب إلى الجواز ، لأن الاتفاق فيما تنعقد عليه الشركة أقرب إلى الصحة من الاختلاف ، ألا ترى : أنهما إذا اشتركا ومال كل واحد منهما دراهم جازت الشركة باتفاق ، فإذا [٤] كان من أحدهما : دراهم ، ومن الآخر : دنانير لم تجز مع الاختلاف في العقد [٥] ، فإذا جازت الشركة في المضاربة على مال وعمل ، فلأن تجوز في مسألتنا على [٦] عملين أولى .

١٤٩٦٨ - فإن قيل : المضاربة تنعقد على المال ، والعمل تبع ، بدليل : أنها إذا فسدت كان جميع الربح لرب المال ، وللآخر أجرة مثله .

١٤٩٦٩ - قلنا : لا يجوز أن يكون المعقود عليه من إحدي الجنبتين تابعًا لما في الجنبة [٧] الأخرى ، وإنما يكون ما هو من جنبة واحدة بعضه تابع لبعض .

١٤٩٧٠ - فأما استحقاق الربح : فلأن التسليم يبطل في العقد الفاسد ، فيستحق المضارب قيمة ما بذله [٨] وهو أجر المثل .

١٤٩٧١ - ولأن ما تصح فيه الوكالة تصح [٩] فيه الشركة [١٠] ، أصله : المال وعكسه الاحتطاب .

ولأن ما جاز أن يشرط في المضاربة من أحد جانبيها جاز أن تنعقد [١١] عليه الشركة من الجنبتين [١٢] ، كالمال .

١٤٩٧٢ - احتجوا : بأنهما عقدًا [١٣] شركة على أن يشارك كل واحد منهما

---

(١) في (ص) : [كالأقوال ولا نوع] ، مكان المثبت .
(٢) في (ع) : [من جنسه وعمل من الآخر] ، مكان المثبت .
(٣) في (ع) : [الجنسين] . (٤) في (م) ، (ع) : [وإذا] .
(٥) في جميع النسخ : [اختلاف في العقد [ولا يستقم بدون إضافة المعنى ، لعل تصويبه : اختلف في جواز العقد . وسيأتي رأي الأئمة الأربعة في حكم هذا العقد ، في مسألة (٧٤٦) .
(٦) في (م) ، (ع) : [في ، مكان : [على] .
(٧) في (ع) : [من إحدى الجنسين تابعًا لما في الجنسية] ، مكان المثبت .
(٨) في (ص) ، (م) : [بدله] بالدال المهملة .
(٩) في (م) : [يصح] ، مكان : [تصح] ، في الموضعين .
(١٠) قاعدة : « ما تصح فيه الوكالة تصح فيه الشركة » .
(١١) في (م) ، (ع) : [أن يعقد] . (١٢) في (م) ، (ع) : [الجنسين] .
(١٣) في (ع) : [بأنها] ، مكان : [بأنهما] ، وفي (م) ، (ع) : [عقد] ، مكان : [عقدًا] .

صاحبه في فائدة كسبه المنفرد به ، فوجب أن تكون باطلة ، كالشركة في الاصطياد .

١٤٩٧٣ - قلنا : الوصف غير سليم ؛ لأن كل ما يتقبله كل واحد منهما يلزمه نصف العمل ونصفه يلزم / شريكه ؛ لأنه [١] وكيله في تقبل العمل ، فإن عملا فكل واحد منهما يستحق فائدة عمله فهو كسبه ، فإن انفرد أحدهما بالعمل فقد أعان شريكه فيما يلزمه فوقع عمله ، وكأن شريكه استعان بأجنبي حتى عمل . ١٧٢/أ

١٤٩٧٤ - فإن قيل : هذا يصح إذا تقبل العمل مطلقًا ، فأما إذا استؤجر أحدهما على أن يعمل بنفسه لم يجز أن يلزم شريكه العمل ، فلا يجوز ضمانه عنه [٢] .

١٤٩٧٥ - قلنا : العمل وحده [٣] لا يدخل في الشركة عندنا ، وإنما يدخل فيها ما يتقبله [٤] مطلقًا ، فيلزم العمل لكل واحد منهما ، وأما إذا أجر نفسه خاصة لم يصح ضمان هذا العمل ولا الوكالة فيه ، فلا يدخل في الشركة .

١٤٩٧٦ - فإن قيل : لو أخذ أحدهما عملًا على وجه الجعالة [٥] فقيل له : إن خطت [٦] هذا الثوب فلك درهم [دخل في الشركة والعمل غير مضمون ، فإنه مخير إن شاء عمل وإن شاء لم يعمل .

١٤٩٧٧ - قلنا : الجعالة لا نعرفها ، ومتى قال : إن خطت هذا الثوب فلك درهم] فقيل [٧] هي إجارة بالعرف ، والعمل مضمون فيها .

١٤٩٧٨ - قالوا : عقد شركة على غير [٨] مال ، أو عقد على غير [٩] الدراهم و الدنانير ، أو على غير الأثمان ، أو على [١٠] ما لا مثل له ، فصار كالشركة في

---

(١) في (م) ، (ع) : [لأن] .

(٢) لفظ : [عنه] ساقط من (ع) .

(٣) في (ص) ، (ع) : [فريدًا] ، بدون نقط ، وفي (م) : بالنقط ، وما أثبتناه هو الأقرب للسياق .

(٤) في (م) ، (ع) : [يدخله] ، مكان : [يدخل] ، وفي (م) : [مقبلة ، مكان : [يتقبله .

(٥) الجعالة - بكسر الجيم ، وقيل : بتثليثها - : ما يجعل للعامل على عمله . راجع : المغرب ص٨٤٠ ، النهاية (٢٧٦/١) ، لسان العرب (٦٣٧/١) ، مغني المحتاج (٤٢٩/٢) ، التعريفات ص٧٦ .

(٦) في (م) ، (ع) : [خيطت] .

(٧) ما بين المعكوفتين : ساقط من (م) ، (ع) ، وفي (ص) ، [فقبل] ، بالباء بنقطة واحدة ، مكان : [فقيل] بالياء بنقطتين .

(٨) الزيادة : من كتب الشافعية .

(٩) في جميع النسخ : [عين] ، والصواب ما أثبتناه ، لأن شركة الصنائع تنعقد على عمل من غير رأس مال ، كما يدل عليه قول المصنف : [أو على غير الأثمان] .

(١٠) قوله : [أو على] ساقط من (م) ، (ع) ، و من صلب (ص) ، واستدركه في الهامش .

الاحتطاب ، والاصطياد ، والعروض [١] .

١٤٩٧٩ - قلنا : إن قلتم : على غير مال لم يعلم الوصف في الأصل ، لأن الحطب [٢] والصيد مال ، وإن قلتم : ما لا مثل [٣] له ، لم يصح ؛ لأن العمل له مثل ، ولهذا يلزم الضامن .

١٤٩٨٠ - فإن قالوا : معنى قولنا : « أنه لا مثل له» أنه لا يجب بالاستهلاك ، وبضمان العقد الفاسد مثله .

١٤٩٨١ - قلنا : أما بالاستهلاك فالعمل لا يضمن عندنا ، وأما [٤] بالعقد الفاسد فإنما يلزم مثل العمل ؛ لأن معاوضة العمل بجنسه [٥] لا يجوز عندنا .

١٤٩٨٢ - وأما تقومه بغير الأثمان [٦] أو بغير الدراهم والدنانير ، فلا يصح ، لأن هذا العقد لو اختص من أحد جنبتيه [٧] بالأثمان لم ينعقد حتى يوجد الأثمان من جنسه [٨] كعقد الصرف ، فلما جازت المضاربة وليس الثمن في أحد جنبيها ، دل على [٩] أن العقد لا يختص بالأثمان [١٠] . يبين ذلك : أن كل عقد انعقد من أحد جنبيه على العمل ، يفعل على تحمل جنبه [١١] (الآخر البدل) [١٢] ، كالإجارة .

---

(١) اختلف الفقهاء هل تصح الشركة في الاحتطاب والاصطياد ، فأجازها مالك وأحمد ، ومنع منه أبو حنيفة والشافعي . راجع بدائع الصنائع (٦٣/٦) ، فتح القدير مع الهداية (١٩١/٦) ، مجمع الأنهر (٧٣٦/١) ، المدونة ((٢٧/٤) الإفصاح (٢٠٥/١) ، الكافي لابن قدامه (٢٦٣/٢) ، المغني (٥/٥)

(٢) في (ص) : [الخطب] بالخاء المعجمة ، وهو تصحيف .

(٣) لفظ : [ما] ساقط من (م) ، (ع) ، و من صلب (ص) ، واستدركه في الهامش ، وفي (م) ، (ع) : [لا مال] ، مكان : [لا مثل] .

(٤) في (م) ، (ع) : [فأما] .

(٥) في (م) : [بحبسه] ، وفي (ع) : [بحسبه] .

(٦) في (م) ، (ع) : [فإنما نقوله] ، مكان : [وأما تقومه] ، وفي (م) : [الأيمان] ، مكان : [الأثمان] ، وقوم السلعة استقام قدرها ، أي جعل لها قيمة معلومة . راجع : لسان العرب ، مادة : [قوم] (٣٧٨٣/٥) ، المصباح المنير (٤٩٥/٢) .

(٧) في (م) ، (ع) : [لو اختصر من أحد جنبيه] .

(٨) قوله : [الأثمان من جنسه] غير واضح في (ص) .

(٩) لفظ : [على] ساقط من (م) ، (ع) .

(١٠) في (م) : [بالأيمان] .

(١١) في (ص) ، (م) : [يفعل على بعمل جنبيه] وفي (ع) : [تعمل جنبه] .

(١٢) ما بين القوسين زيادة أثبتناها لمقتضى السياق فيما يغلب على الظن أنه مقصود المصنف .

١٤٩٨٣ - فأما أصل العلة في الفساد إن كانت الشركة في الاحتطاب ، فالمعنى [(١)] فيها : أنها لو صحت استحق كل واحد منهما كسب الآخر من غير مال ولا عمل .

١٤٩٨٤ - ولأن الضمان كالربح في الشريعة لا يستحق إلا بأحد هذه الوجوه ، وليس كذلك في مسألتنا ، لأنه يستحق بعض الكسب بالضمان ، لأنه وكله بالتقبل [(٢)] فضمن الموكل العمل فاستحق بعض [(٣)] بدله بضمانه ، وقد فرق أصحابنا بينهما تفريقًا[(٤)] ، ذكره محمد ، وهو أن الشركة تنعقد فيما تصح به الوكالة .

١٤٩٨٥ - فأما إذا [(٥)] اشتركا شركة عنان ، فكل واحد منهما وكيل الآخر في نصف ما يبتاعه . وإذا اشتركا في الصنعة فكل واحد [(٦)] وكيل الآخر في التقبل ، فلما وقعت الشركة فيما يصح التوكيل فيه صحت .

١٤٩٨٦ - وأما الاحتطاب : فالشركة تقع على وجه لا يصح التوكيل فيه ، لأنه لو قال : وكلتك على أن تحتطب ، فاحتطب ، كان ذلك للوكيل دون الموكل ، فلما لم تصح [(٧)] الوكالة على هذا الوجه لم تصح الشركة ، فصار لمخالفنا الكلام على هذا الفرق ، وقال : يجوز أن يستأجره يومًا فيحتطب [(٨)] له ، وهذا عدول عن الطريق لأنا لا نمنع أن يُسْتَحَقَّ ذلك بالاستئجار . والكلام في الوكالة .

١٤٩٨٧ - وقال بعضهم : في الوكيل بالاحتطاب وجهان .

فإن قيل : يجوز أن يوكله بأن يحتطب له لم نسلم [(٩)] الفرق ، وهذا عدول عند ضيق الكلام بهم إلى مخالفة الإجماع .

ثم هو فاسد ؛ لأن الحطب يملك بالحيازة [(١٠)] ، وقد حصل ذلك بفعل المحتطب ،

---

(١) في جميع النسخ : [وإن كان الشركة الاحتطاب] ، وفي (م) ، (ع) : [والمعني] ، مكان المثبت ، والصواب : ما أثبتناه .

(٢) في جميع النسخ : [التقبض] ، لعل الصواب : التقبل .

(٣) في (م) ، (ع) : [بعد] .

(٤) في (ص) ، (م) : [تفرق] ، وفي غيرهما : تفرقا

(٥) في (م) ، (ع) : [فإذا] ، مكان : [فأما إذا] .

(٦) في (ع) : [فكل واحد منهما] ، بزيادة : [منهما] .

(٧) في (م) : [لم يصح] ، ولفظ : [لم [ساقط من صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش .

(٨) في (ص) ، (م) : [فحبط] .

(٩) في (م) : [لم يسلم] .

(١٠) في (ع) : [الحارة] .

وكيف ينتقل الملك إلى غيره ؟ .

ومنهم من تعاطى الكلام مع التسليم ، فقال : التوكيل يجوز في عمل الصنائع [1] ، وعندكم الوكالة بتملك [2] الكسب ، فهو كالتوكيل بتملك الحطب .

١٤٩٨٨ - وهذا كلام من لا يتصور مذهب خصمه ، لأن التوكيل قد بينا أنه في التقبل له ، فيقوم مقامه في قبول عقد الإجارة ، كما يقوم مقامه في قبول عقد الشرى ، ثم في تملك [3] الكسب لا بالوكالة ، لكن لأنها بدل عقد وقع له ، فإن كان أصل العلة الشركة بالعروض ، لأنها لا تصير مضمونة على بائعها بالعقد ، وإنما ينفسخ العقد [4] بهلاكها ، فلو صحت الشركة اسْتحَقَّ أحدهما ربح ما لم يضمن من مال صاحبه ، وفي مسألتنا : يستحق ربح ما قد ضمنه ، فلذلك افترقا .

١٤٩٨٩ - قالوا : عمله له ، فبدله له كبدل منافع داره .

١٤٩٩٠ - قلنا : العمل بالعقد لزمهما ، والأجرة بدل عن العمل [5] المعقود عليه [6] والعمل بينهما على ما وجب على شريكه بالأجرة كمن ضمن العمل ، كالقصار [7] إذا استعان برجل على قصارة الثوب كان الأجرة للقصار دون العامل ، ولم يجز أن يقال : إن الأجرة بدل عمل العامل [8] ، فكانت له ، كذلك في مسألتنا .

١٤٩٩١ - قالوا : عقد شركة على منافع أعيان مثمرة ، فوجب أن تكون باطلة ، كما [9] إذا كان لكل واحد منهما دار فاشتركا [10] في منافعهما .

١٤٩٩٢ - قلنا : اشتركا في تقبل الأعمال وضمانها بالعقود ، ولو اشتركا في المنافع لم يجز . ولا فرق بين الأصل والفرع عندنا ؛ لأنهما لو اشتركا في أن يتقبلا من الناس

---

(١) في (م) ، (ع) : [الصناع] . (٢) في (ع) : [تملك] .
(٣) في (م) ، (ع) : [لم يملك] ، مكان : [ثم تملك] .
(٤) في (ع) : [تنفسخ] ، مكان : [ينفسخ] ، وفي (م) ، (ع) : [للعقد] ، مكان : [العقد] .
(٥) في (م) ، (ع) : [تدل على العمل] ، مكان المثبت .
(٦) لفظ : [عليه] ساقط من صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش .
(٧) القصار : المبيض للثياب . راجع : لسان العرب (٣٦٤٩/٥) ، المعجم الوسيط (٧٤٥/٢) .
(٨) في (م) ، (ع) : [العين] ، وفي غيرهما : [المعين] .
(٩) الزيادة : أثبتناها لمقتضي السياق .
(١٠) في (ص) : [دارًا] ، مكان : [دار] ، وفي جميع النسخ : [اشترك ، مكان : [اشتركا] لعل الصواب ما أثبتناه .

إحراز أموالهم ووضعها في الدور فتقبلا بذلك ووضعا المتاع في داريهما ، أو في دار أحدهما ، استحقا الأجرة ، وإن اشتركا في منافع الدارين لا على هذا الوجه لم يصح ، كذلك في مسألتنا .

١٤٩٩٣ – قالوا : العقد يقع على العمل ؛ بدلالة : أنه إذا كان فاسدًا وجب لكل واحد أجر مثله والعمل مجهول لا يعرف قدره ، فلم يصح العقد عليه .

١٤٩٩٤ – قلنا : قد بينا أن العقد لا يقع على العمل ؛ وقولهم : « إنه يستحق في الشركة أجر المثل غلط ، لأنهما اشتركا على أن يعمل أحدهما خاصة ، فالشركة[1] بينهما كانت باطلة ، كذلك إذا اشتركا على أن يعملا ؛ لأنه يفضي إلى ذلك ، بدليل : أنه لو مرض أحدهما وعمل الآخر خاصة ، صحت هذه الشركة عندنا .

* * *

(١) في (م) ، (ع) : [قالوا هذه] ، مكان : [فالفائدة] .



حكم شركة الوجوه

١٤٩٩٥ – قال أصحابنا : شركة الوجوه جائزة ، وهي : الرجلان يشتركان بغير مال على أن [١] ما اشتريا فهو بينهما [٢] .

١٤٩٩٦ – وقال الشافعي : الشركة باطلة ، وما يشتريه [٣] أحدهما يكون له ، إلا بشرائط أربعة : أن يأذن له ، ويذكر جنس المبيع [٤] ، وقدره ، ويبين أن يشتريه [٥] بينهما ، فإذا اجتمعت الشرائط كان المشترَي بينهما [٦] .

لنا : أن الناس يعقدون هذه الشركة في سائر الأعصار من غير نكير .

ولأنه نوع شركة ؛ فوجب أن يكون منه ما يصح ، كشركة الأموال .

ولأنهما اشتركا في الابتياع ، فما يبتاعه أحدهما يكون بينهما ، كما لو قال : اشتركنا فيما نشتريه [٧] من البر اليوم بألف درهم ، فابتاع الآخر يكون [٨] لهما .

(١) لفظ : [أن] ساقط من (م) ، (ع) .

(٢) راجع المسألة في : روضة القضاة « كتاب الشركة » (٥٧١/٢ ، ٥٧٢) ، المسألة (٣٣٧٨) ، تحفة الفقهاء « كتاب الشركة » (١٠/٣ ، ١١) ، بدائع الصنائع « كتاب الشركة » (٥٧/٦ ، ٥٨) ، فتح القدير مع الهداية ، وبذيله العناية « كتاب الشركة » (١٨٦/٦ ، ١٩٠) ، البناية مع الهداية « كتاب الشركة » (٨٧٤/٦ ، ٨٧٥) ، مجمع الأنهر « كتاب الشركة » (٧٣٥/١) .

(٣) في (ع) : [وما اشتراه] . (٤) في (م) ، (ع) : [البيع] .

(٥) في (م) : [تبين] ، مكان : [يبين] ، وفي (م) ، (ع) : [أنه شرته] ، مكانه : [أن يشتريه] .

(٦) راجع تفصيل المسألة في : المهذب مع تكملة المجموع الثانية « كتاب الشركة » (٧٥/١٤) ، حلية العلماء « كتاب الشركة » (١٠٢/٥) ، فتح العزيز « كتاب الشركة » ، بذيل المجموع (٤١٦/١٠ ، ٤١٧) ، مغني المحتاج « كتاب الشركة » (٢١٢/٢) ، المدونة « كتاب الشركة » ، « في الشركة بغير مال » (٢٢/٤ ، ٢٣) ، الكافي لابن عبد البر « باب شركة الذمم » (٧٨٤/٢) ، المقدمات الممهدات « كتاب الشركة » (٣٩/٣) ، البيان والتحصيل « كتاب الشركة » (٣٩/١٢ ، ٤٠) ، بداية المجتهد « كتاب الشركة » (٢٧٧/٢) ، قوانين الأحكام الشرعية ، الباب السابق ص٢٩٠ ، البهجة في شرح التحفة (٢١١/٢) ، العقد المنظم للحكام ، بهامش تبصرة الحكام (٢٨/٢) ، الإفصاح « باب الشركة » (٢٠٤/١) (ط . العلمية) ، المغني « كتاب الشركة » (١٤/٥ – ١٦) ، الكافي لابن قدامه « باب الشركة » (٢٦٦/٢) ، العدة مع العمدة « باب الشركة » ص٢٥٦ ، الإنصاف « كتاب الشركة » (٤٥٨/٥ ، ٤٥٩) .

(٧) في (م) : [يشتريه] . (٨) في (م) ، (ع) : [ويكون] .

١٤٩٩٧ - ولأن ما جازت الوكالة فيه بالشري جازت الشركة فيه ، أصله : الأموال ، ونعني بذلك إذا سمى الجنس والقدر .

١٤٩٩٨ - ولأن الوكالة فيه بالشرى تارة تقع [1] بمال معين ، وتارة بمال في الذمة ، فلما جازت الوكالة مع الجهالة في إحدي وكالتين تابعة للشركة [2] ، جازت كذلك الأخرى .

١٤٩٩٩ - احتج أصحاب الشافعي في هذه المسألة بما احتجوا به في الأولى ، ونحن نذكر ما يجوز أن يحتج به .

إن قيل : لو اشترى [3] ابتداء بالمال فهلك ، بطلت الشركة ، فإذا عقداها بغير مال لم تنعقد [4] . ألا ترى : أنهما لو تبايعا فهلك المبيع بطل العقد ، فلو تبايعا مبيعًا معدومًا لم ينعقد .

١٥٠٠٠ - فإن [5] قيل : لو وكله أن يشتري له بدراهم سلمها إليه فهلكت بطلت الوكالة ، فلو وكله ابتداء بالشرى ولم يدفع إليه مالًا ، صحت الوكالة ، كذلك الشركة .

١٥٠٠١ - وإنما [6] كان هكذا ؛ لأنه إذا عين المال لم يرض أن يثبت في ذمته مطالبة ، وإنما رضي بإثبات الحق في المال المعين ، فلو لم تبطل الشركة [7] والوكالة بالهلاك ثبت [8] له الثمن في ذمته ، ولم يرض بهذا المعنى . وإذا وكله أو شاركه بغير [9] مال فقد رضي بإثبات الحق في ذمته والرجوع عليه ، فلذلك جاز أن تنعقد الشركة .

١٥٠٠٢ - فإن قيل : نوع شركة ، فلم ينعقد بغير مال ، كالمضاربة .

١٥٠٠٣ - قلنا : المضاربة استئجار العامل بجزء من ربح المال ، والإجارة لا تصح [10] إلا أن يذكر فيها أجرة ، وفي مسألتنا : وكالة بالشرى ، والوكالة لا تفتقر [11] إلى تسمية مال ، ولا إلى أجرة .

---

(١) في (م) ، (ع) : [يقع] .
(٢) في (م) ، (ع) : [الشركة] .
(٣) في (ص) : [اشترا] ، لعل الصواب : اشتريا .
(٤) في (م) ، (ع) : [لم ينعقد] .
(٥) لفظ : [فإن] ساقط من (م) ، (ع) .
(٦) في (م) ، (ع) : [وإذا] ، مكان : [وإنما] .
(٧) في (م) : [لم يبطل] ، مكان : [لم تبطل] ، وفي (ص) : [للشركة] ، مكان : [الشركة] .
(٨) في (ص) : [يثبت] .
(٩) في (م) ، (ع) : [بعين] .
(١٠) في (م) : [لا يصح] .
(١١) في (م) : [لا يفتقر] .

مسألة ٧٤٦

حكم الشركة بالأثمان المختلفة الجنس والصفة

١٥٠٠٤ – قال أصحابنا : تجوز الشركة بالأثمان (١) ، المختلفة الجنس والصفة .

١٥٠٠٥ – وقال زفر : لا تصح (٢) .

١٥٠٠٦ – وقال الشافعي : لا تصح (٣) الشركة حتى يكون مال كل (٤) واحد منهما من جنس مال الآخر وعلى صفته ، حتى إذا اختلطا لم يتميزا ، فلو كان لأحدهما دراهم وللآخر دنانير لم تجز (٥) . وكذلك لو كان لهما دراهم إلا أن صفتها تختلف ، كالمكسرة ، والصحاح ، أو المغراة ، لم تصح الشركة (٦) .

١٥٠٠٧ – لنا : أن الناس يشتركون في سائر الأعصار / بالمال ولا تتفق صفاته ، لأنه ١٧٢/ب قد يكون في رأس مال أحدهما مكسرة أكثر من الآخر ، أو يكون في أحد المالين قطوع

(١) في (م) : [يجوز الشركة بالإيمان] ، مكان المثبت .

(٢) راجع المسألة في : روضة القضاة « كتاب الشركة » (٥٦٧/٢ ، ٥٦٨) ، المسألة (٣٣٥٣) ، بدائع الصنائع « كتاب الشركة » (٦٠/٦) ، فتح القدير مع الهداية ، وبذيله العناية « كتاب الشركة » (١٧٨/٦) ، البناية مع الهداية « كتاب الشركة » (٨٥٩/٦ ، ٨٦٠) ، مجمع الأنهر « كتاب الشركة » (٧٣٠/١) .

(٣) في (م) : [لا يصح] .

(٤) لفظ : [مال] ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) ، واستدركه المصنف في الهامش ، وفي (م) ، (ع) : [لكل] ، بزيادة اللام .

(٥) في (م) ، (ع) : [لم يجز] .

(٦) في (ص) : [المعراة] بالعين المهملة ، لعل الصواب كما أثبتناه بالمعجمة (المغرّاة) : أي المطلية . انظر السان (٣٢٥٠/٥) (والمعرّاه) : أي المجردة ، لعله أراد الممسوحة المعالم ! انظر اللسان ! (٢٩١٩/٤) . من (م) ، (ع) ، وفي (م) : [لم يصح الشركة] ، مكان المثبت . انظر : مختصر المزني [باب الشركة] ص١٠٩ ، المهذب مع تكملة المجموع الثانية « كتاب الشركة » بذيل المجموع (٤٠٨/١٠) ، كفاية الأخيار « فصل : وللشركة خمس شرائط » (٢٨٠/١ ، ٢٨١) ، المدونة « كتاب الشركة » ، « في الشركتين في المالين المختلفي السكة » ، و « في الشركة بالدنانير والدراهم » (٣٤/٤ ، ٣٥) ، التفريع « كتاب الشركة » ، « باب في الشركة وحكمها » (٢٠٦/٢) ، فصل (٨٨٦) ، المقدمات الممهدات « كتاب الشركة » (٤٦/٣) ، البيان والتحصيل « كتاب الشركة » (٢٤/١٢ – ٢٦) ، بداية المجتهد « كتاب الشركة » (٢٧٤/٢) ، شرح الزرقاني « باب الشركة » (٤٢/٦) ، البهجة في شرح التحفة « فصل في الشركة » (٢١٢/٢) ، العقد المنظم للحكام ، بهامش تبصرة الحكام (٢٦/٢) ، الإفصاح « كتاب الشركة » (٢٠٣/١) ، المغني « كتاب الشركة » (١٩/٥) .

وليس في الآخر كذلك ، أو يكون في بعضها درهم مغري أو مثقوب [1] ، ولا ينكر أحد ذلك ، فدل على جوازه .

ولأن المالين من جنس الأثمان [2] ، فجاز أن ينعقد عليهما عقد الشركة . أصله : إذا كانا من جنس واحد على صفة واحدة .

ولأن كل عقد جاز على الدراهم بمثلها والدنانير ، كالصرف .

ولأنه عقد يقصد به الربح ؛ فجاز أن يكون المعقود في أحد جنبيه يخالف ما في الجنب الآخر ، كالمضاربة .

١٥٠٠٨ - ولأن الوكالة يصح [3] أن تنعقد على هذا الوجه إذا وكل أحدهما الآخر أن يشتري له نصف العبد بدراهم ، ووكله الآخر أن يشتري له نصف العبد [4] بدنانير ، وما جاز أن تنعقد عليه الوكالة بالشرى جازت الشركة عليه ، كالنوع الواحد .

١٥٠٠٩ - احتجوا : بأنهما مالان لا يختلطان ، فإذا عقدا فيهما [5] الشركة لم يصح ، كالحنطة والشعير .

وربما قالوا : مالان مختلفان في الصفة ، أو مالان لا يختلط أحدهما بالآخر ، فوجب أن لا يصح عقد الشركة عليهما ، أصله : إذا أخرج أحدهما دراهم أو دنانير والآخر طعامًا .

١٥٠١٠ - قلنا : المعنى في الأصل : أنهما ليسا من جنس الأثمان [6] [وليس كذلك في مسألتنا ؛ لأنهما من جنس الأثمان] [7] ، كالصنف الواحد .

١٥٠١١ - فإن قيل : اتفاقهما في أنهما ثمن [8] لا يقتضي جواز الشركة ، كما أن اتفاق المالين في كونهما ثمنين لا يوجب جواز الشركة .

١٥٠١٢ - قلنا : اتفاقهما فيما ذكرتم إنما يكون علة ؛ لأنها تنتقض [9] بالعروض ، واتفاقهما في الثمنية لا ينتقض [10] .

---

(١) في (م) ، (ع) : [أو يكون في بعضهما دراهم معدي أو منقوب] ، مكان المثبت .
(٢) في (م) ، (ع) : [الأيمان] . (٣) في (ص) : [تصح] .
(٤) في (م) ، (ع) : [نصفه] ، مكان : [نصف العبد] .
(٥) في (ص) ، (م) : [فيها] . (٦) في (م) : [الأيمان] .
(٧) ما بين المعكوفتين : ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش .
(٨) في (م) ، (ع) : [في أيهما بمن] ، مكان المثبت .
(٩) في (ص) : [لا تنتقض] ، مكان : [لأنها تنتقض] ، وفي (م) : [ينتقض] .
(١٠) في (م) ، (ع) : [لا ينقض] .

١٥٠١٣ - ولأن الحنطة والشعير لا تصح علتهما [(١)] مطلقًا ، فلذلك انعقدت الشركة عليهما [(٢)] ، كالنوع الواحد .

١٥٠١٤ - قالوا : الشركة في العروض لا تصح ؛ لأنها تفضي [(٣)] إلى أن يشتركا في ربح أحدهما ، وهو أن يربح أحد المالين دون الآخر .

١٥٠١٥ - قلنا : الربح يتعين بالشراء [(٤)] ، وما يشتريه بأحد المالين بينهما ، ويثبت [(٥)] مثل نصف الثمن عليه ، فيحصل الربح في ماله .

١٥٠١٦ - قالوا : الشركة مأخوذة من الاختلاط ؛ فلا تصح [(٦)] فيما لا يختلط .

١٥٠١٧ - قلنا : إن المطلوب [(٧)] بالشركة الربح ، وهو لا يظهر إلا مشتركًا [(٨)] ، فإذا حصل الاختلاط في مقصود العقد وجد معناه .

* * *

(١) في (م) ، (ع) : [لا يصح عليهما] . (٢) في (ص) : [عليها] .

(٣) في (م) : [لا يصح لأنها يقتضي] ، مكان المثبت ، وفي (ع) : [تقتضي] ، مكان : [تفضي] .

(٤) في (م) ، (ع) : [بالشرى] .

(٥) في (م) ، (ع) : [فيهما وثبت] ، مكان المثبت .

(٦) في (م) : [فلا يصح] . (٧) في (ص) : [المط] ، مكان [المطلوب] .

(٨) الزيادة : من (م) ، (ع) ، وفي جميع النسخ : [مشترك] ، والصواب كما أثبتناه بالنصب .

مسألة ٧٤٧

حكم الشركة إذا اشتركا في المال ولم يخلطاه

١٥٠١٨ - قال أصحابنا : إذا اشتركا في المال صحت الشركة ، وإن لم يخلطا المالين [١] .

١٥٠١٩ - وقال الشافعي : لا تصح [٢] الشركة حتى يختلط مالهما ، ولا يتميز أحد المالين من الآخر [٣] .

لنا : أنه عقد قصد به الربح ، فلا يشترط فيه الخلط ، كالمضاربة .

١٥٠٢٠ - ولأنه نوع عقد ؛ فلا تقف [٤] صحته على الخلط ، كسائر العقود .

١٥٠٢١ - ولأنهما اشتركا في جنس الأثمان ، فصحت الشركة كما لو خلطا .

١٥٠٢٢ - ولأن الخلط إذا حصل ثم ابتاعا بالمال شيئًا كان الربح بينهما من غير عقد ، فلو شرطنا الخلط صار وجود العقد وعدمه سواء على قول مخالفنا .

١٥٠٢٣ - احتجوا : بأنهما مالان متميزان [٥] ، فإذا عقدا عليهما [٦] الشركة لم يصح ، كالحنطة .

---

(١) راجع المسألة في : روضة القضاة « كتاب الشركة » (٥٦٧/٢) ، بدائع الصنائع « كتاب الشركة » (٦٠/٦) ، فتح القدير مع الهداية ، وبذيله العناية « كتاب الشركة » (١٨١/٦ - ١٨٣) ، البناية مع الهداية « كتاب الشركة » (٨٦٤/٦ - ٨٦٧) ، مجمع الأنهر « كتاب الشركة » (٧٣٠/١) .

(٢) في (م) : [لا يصح] .

(٣) راجع تفصيل المسألة في : المهذب مع تكملة المجموع الثانية « كتاب الشركة » (٦٧/١٤ ، ٦٩) ، حلية العلماء « كتاب الشركة » (٩٤/٥ ، ٩٥) ، فتح العزيز مع الوجيز « كتاب الشركة » بذيل المجموع (٤٠٧/١٠) ، كفاية الأخيار ، الفصل السابق (٢٨٠/١ ، ٢٨١) ، المدونة « كتاب الشركة » ، « في الشريكين بالمالين يضيع أحد المالين » (٣٦/٤ ، ٣٧) ، التفريع « كتاب الشركة » (٢٠٦/٢) ، فصل (٨٨٦) ، الكافي لابن عبد البر « باب الشركة » (٧٨١/٢) ، بداية المجتهد « كتاب الشركة » (٢٧٤/٢ ، ٢٧٥) ، شرح الزرقاني « باب الشركة » (٤٣/٦) ، البهجة « فصل في الشركة » (٢١٣/٢) ، العقد المنظم للحكام ، بهامش تبصرة الحكام (٢٧/٢) ، المغني « كتاب الشركة » (٢٠/٥) ، الإنصاف « كتاب الشركة » (٤١٢/٥) .

(٤) في (م) : [فلا يقف] .

(٥) في (م) ، (ع) : [مميزان] .

(٦) في هامش (ص) ، [فيهما] ، مكان : [عليهما] ، من نسخة أخرى .

١٥٠٢٤ - قلنا : العقد صحيح ، لكنه [(١)] لم يتم عندهم ، فالوصف لا يستقيم ، والمعني في الحنطة : أنها من غير الأثمان ، أو أن [(٢)] إطلاق الشرى بها لا يصح .

١٥٠٢٥ - قالوا : معنى الشركة : أن يختلط المالان حتى يصيرا كالشيء الواحد ، وهذا لا يوجد [قبل الخلط .

١٥٠٢٦ - قلنا : معنى الشركة : أن يكون المطلوب بها يثبت [(٣)] مختلطًا ، وهذا يوجد] [(٤)] وإن لم يخلط المال ، فإنهما إذا ابتاعا شيئًا ملكاه غير متميز [(٥)] ، فوجد معنى الشركة ؛ يبين [(٦)] ذلك : أنهما بهذا العقد لم يقصدا أن يوجب كل واحد منهما للآخر حقًّا في رأس المال ، وإنما قصدا إيجاب الحق في المشتري وفي الربح ، وذلك موجود .

١٥٠٢٧ - قالوا : مال كل واحد منهما يتلف على ملكه ، فلا يوجد معنى الشركة [(٧)] .

١٥٠٢٨ - قلنا : مال المضاربة يتلف على ملك رب المال ، ومعنى الشركة فيه [(٨)] موجود .

ولأنا بينا أن الشركة إيجاب فيما يستفاد بها ، وليست [(٩)] إيجاب حق في رأس المال ، فلو وقف تمامها على أن يكون الهالك من مالهما صارت إيجاب حق في رأس المال ، وهذا خلاف المقصود .

١٥٠٢٩ - قالوا : الشركة تحصل عند العقد ، فإذا لم يختلطا فما [(١٠)] اشتركا في شيء .

١٥٠٣٠ - قلنا : هذا حجة عليكم ، لأنه يقال [(١١)] : اشتركا إذا عقدا العقد ، وإن كان تمامه يقف عندكم على الخلط الموجب [(١٢)] للاشتراك ، كذلك عندنا يوجد الاسم بالعقد ، وتمامه يقف على وجود التصرف الذي يحصل به معنى العقد من الاشتراك .

---

(١) في (ع) : [لكن] ، بدون الهاء .

(٢) في (م) : [الأيمان] ، مكان : [الأثمان] ، وفي (م) ، (ع) : [وأن] ، مكان : [أو أن] .

(٣) لفظ : [يثبت] ساقط من صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش .

(٤) ما بين المعكوفتين : ساقط من (م) ، (ع) .

(٥) في (ع) : [مميز] .

(٦) في (م) ، (ع) : [تبين] .

(٧) في (م) ، (ع) : [الشركة] .

(٨) في (ص) : [للشركة] ، مكان : [الشركة] ، ولفظ : [فيه] ساقط من صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش .

(٩) في (م) ، (ع) : [بهما فليست] ، مكان المثبت .

(١٠) في (م) ، (ع) : [فيما] .

(١١) في (ص) : [لا يقال] ، مكان : [لأنه يقال] .

(١٢) في (م) : [الوجب] .

مسألة ٧٤٨

حكم التفاضل في الربح مع التساوي في المال

١٥٠٣١ - قال أصحابنا [١] : إذا تساويا في المال وتفاضلا في الربح ، جاز .

١٥٠٣٢ - وقال زفر : لا يجوز [٢] ، وبه قال الشافعي [٣] .

لنا : قوله ﷺ : « المسلمون عند شروطهم » [٤] .

وروى عن علي ﷺ أنه قال : « الربح على [٥] ما شرطا ، والوضيعة على قدر المالين » ، ولم يفصل .

١٥٠٣٣ - ولأن ما [٦] جاز أن يستحق به الربح في المضاربة جاز أن يستحق به في الشركة ، كالمال .

١٥٠٣٤ - ولأن كل شخصين جاز أن يتساويا في الربح جاز أن يتفاضلا فيه ، كرب المال ، والمضارب .

١٥٠٣٥ - ولا يلزم : المتفاوضان [٧] ، لأنه يجوز أن يتفاضلا في الربح وتصير

---

(١) قوله : [قال أصحابنا] ساقط من (م) ، (ع) .

(٢) راجع المسألة في : مختصر الطحاوي « كتاب الشركة » ص١٠٧ ، روضة القضاة « كتاب الشركة » (٥٦٧/٢ ، ٥٦٨) ، المسألة (٣٣٥٤) ، بدائع الصنائع « كتاب الشركة » (٦٢/٢) ، فتح القدير مع الهداية ، وبذيله العناية « كتاب الشركة » (١٧٧/٦ ، ١٧٨) ، البناية مع الهداية « كتاب الشركة » (٨٥٦/٦ - ٨٥٨) ، مجمع الأنهر « كتاب الشركة » (٧٢٩/١) .

(٣) راجع المسألة في : المهذب مع تكملة المجموع الثانية ، « كتاب الشركة » (٧١/١٤ ، ٧٢) ، حلية العلماء « كتاب الشركة » (٩٦/٥) ، فتح العزيز مع الوجيز « كتاب الشركة » ، بذيل المجموع (٤٢٤/١٠ - ٤٢٧) ، المدونة « كتاب الشركة » ، « في الشريكين بالمال بالسوية يفضل أحدهما صاحبه في الربح » (٣٤/٤) ، التفريع « كتاب الشركة » (٢٠٥/٢) ، الفصل (٨٨٤) ، الكافي لابن عبد البر « باب الشركة وما يجوز فيها من الأموال » (٧٨١/٢) ، قوانين الأحكام الشرعية ، « الباب الخامس في الشركة » ص٢٩٠ ، شرح الزرقاني « باب الشركة » (٤٧/٦) ، الإفصاح « باب الشركة » (٢٠٣/١) ، المغني « كتاب الشركة » (٣١/٥) ، الكافي لابن قدامة « باب الشركة » (٢٦٣/٢) .

(٤) تقدم تخريجه في مسألة (٦١٧) ، وفي مسألة (٦٣٨) ، وتكرر في كتاب الشركة ، مسألة (٧٤٣) .

(٥) لفظ : [على] ساقط من (م) ، (ع) . (٦) حرف : [ما] ساقط من (م) ، (ع) .

(٧) في (ع) : [المتعاوضان] .

شركتهما عنانًا [١] .

١٥٠٣٦ - ولأنها شركة لا تقتضي المساواة ؛ فجاز أن يستحق الربح فيها بالعمل ، كالمضاربة [٢] .

١٥٠٣٧ - [فإن قيل : المضاربة يستحق [٣] بإطلاقها مال في مقابلة العمل ، فجاز أن يستحق بالشرط ، فالشركة لا يستحق بإطلاقها] [٤] شيء في مقابلة العمل ، فلم يستحق بالشرط .

١٥٠٣٨ - قلنا : في الشركة شرط التفاضل في الربح يصيرها في معنى المضاربة [٥] ، فإذا أطلقه لم يوجد فيها هذا المعنى ، والمضاربة مع الإطلاق والشرط هي صريح العقد المقتضي للعوض في مقابلة العمل ، فاستوى فيها الشرط وعدم الشرط ، يبين [٦] ذلك : أن الهبة تصير في معنى البيع بشرط العوض [٧] ، فثبت فيها أحكام البيع ، [فإذا لم يشترط العوض لم يثبت أحكام البيع] [٨] والبيع يثبت [٩] أحكامه بإطلاقه لا بمعنى آخر .

١٥٠٣٩ - ولأن المال المعقود عليه في الشركة مقصود بها ، وكذلك المال المستفاد بها ؛ ثم إذا جاز أن يتفاضلا في أحد المالين ، جاز أن يتفاضلا في الآخر ، وتحريره : مال مقصود بعقد [١٠] الشركة ؛ فجاز التفاضل فيه ، كرأس المال .

١٥٠٤٠ - احتجوا : بأنه عدل بالربح عن التقسيط على قدر المالين ؛ فوجب أن تبطل الشركة . أصله : إذا شرط كل الربح لأحدهما .

١٥٠٤١ - قلنا : يبطل بالمال المشترك إذا دفعاه مضاربة ، وشرطا [١١] للمضارب

---

(١) في (م) : [ويصير شركتهما عيانًا] ، مكان المثبت .

(٢) في (م) ، (ع) : زيادة [يستحق] وفي (ص) تستحق بعد لفظ [كالمضاربة] ، وقد رأينا حذفها لعدم تعلق فائدة بها .

(٣) قوله : [فإن قيل المضاربة يستحق] ساقطة من صلب (ص) ، واستدركه المصنف في الهامش ، غير أن فيه : [تستحق] ، لعل الصواب كما أثبتناه بالياء .

(٤) ما بين المعكوفتين : ساقط من (م) ، (ع) .

(٥) في (م) ، (ع) : [المضارب] .

(٦) في (ع) : [تبين] .

(٧) قاعدة : « الهبة بشرط العوض تصير في معنى البيع » .

(٨) ما بين المعكوفتين : ساقط من (م) ، (ع) .

(٩) في (م) ، (ع) : [ثبت] .

(١٠) في (م) ، (ع) : [بعد] ، مكان : [بعقد] .

(١١) في (م) : [وشرطاه] .

جزءًا من الربح ولكل واحد منهما جزءًا فقد عدلا بالربح عن التقسيط على قدر المالين ، ولا تبطل الشركة .

١٥٠٤٢ - والمعنى في الأصل : أنهما أخرجا العقد عن موضوع الشركة حين أُفرِدَ أحدهما بالربح ، فصار نصيب شريكه فرضًا عليه ، ومتى شرط لكل واحد مقدارًا من الربح ، فلم يخرجاه عن موضوع الشركة (لشيوع) [1] الربح بينهما ، فلم يبطل معنى الشركة [2] . يبين ذلك : أن [3] المضارب لو شرط جميع الربح لأحدهما بطل معنى المضاربة ، فإذا شرط لرب المال صار المضارب مبضعًا [4] وإن شرط للمضارب كان رب المال مقرضًا ، ولو تفاضلا [5] في الربح لم يخرج العقد عن موضوع المضاربة [6] ، كذلك في مسألتنا .

١٥٠٤٣ - قالوا : أحد موجبي الشركة ، فإذا شرطا التفاضل فيه بطل ، كالوضيعة .

١٥٠٤٤ - قلنا : الوضيعة جزء هالك من المال ، وذلك لا يتبع العمل ، والربح يستفاد بالمال ، وذلك يتبع العمل . ألا ترى : أن العمل مؤثر في الربح غير مؤثر في الوضيعة ، ولهذا يجوز استحقاق الربح في المضاربة بالشرط ، ولو شرطا الوضيعة عليهما كانت في رأس المال ، فأثر الشرط في استحقاق الربح ، ولم يعتبر في تغيير [7] حكم الوضيعة .

ولأن الوضيعة [8] : لما كانت هلاك جزء من المال ، وذلك لا يكون مستحقا على غير المال [9] ، والربح نماء من المالك ، وذلك يستحقه [10] غير مالك المال .

١٥٠٤٥ - قالوا : شرطا قسطًا من الربح من [11] لا يقتضيه إطلاقهما ؛ فوجب أن

---

(١) في (م) ، (ع) : [موضع الشركة لباع] ، وفي (ص) : [لبياع] بدون نقط ، مكان ما بين القوسين .

(٢) في (م) ، (ع) : [الشركة فيه] ، بزيادة : [فيه] .

(٣) في (م) ، (ع) : [تبين] ، مكان : [يبين] ، ولفظ : [أن] ساقط من (م) ، (ع) .

(٤) المبضع : اسم فاعل من أبضع ، وهو أن يتبرع شخص بالعمل في مال لآخر بدون أجر أو بدون مقابل .

(٥) في (م) ، (ع) : [مفاضلا] .

(٦) في (ع) : [المضارب] .

(٧) قوله : [في تغيير] ساقط من (م) ، (ع) .

(٨) قوله : [ولأن الوضيعة] ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش .

(٩) في (م) : [المال] ، وفي (ع) : [رأس المال] ، مكان : [المالك] .

(١٠) في (م) ، (ع) : [مستحقة] .

(١١) في جميع النسخ : [من لا يقتضيه] ، لعل الصواب : [ما لا يقتضيه] .

تكون باطلة [١] ، كما لو شرط ذلك لأجنبي .

١٥٠٤٦ - قلنا : الربح يستحق في الأصول بالمال أو العمل أو الضمان ، ولم يوجد في الأجنبي واحد من هذه الشروط ، فلم يستحق . والشريك في مسألتنا وجد من جهته العمل وذلك من أسباب استحقاق الربح ، ولهذا يستحق المضارب ما شرط لوجود شرط العمل ولو جعل للأجنبي [٢] لم يصح لعدم المال والعمل .

١٥٠٤٧ - قالوا : إذا فضل أحدهما في الربح كان مضاربة في نصيب شريكه ، وقد شرط عمل رب المال فيها ، وهذا يبطل المضاربة .

١٥٠٤٨ - قلنا : هذا العقد فيه معنى المضاربة وليس بصريحها ، ولا يجوز اعتبار جميع شرائط المضاربة ؛ ألا ترى : أن في المضاربة معنى الإجارة ، ولا يعتبر [٣] فيها جميع شرائط الإجارة ؛ بدلالة : أنها تصح وإن لم يسم مدة معلومة ولا أجرة معلومة .

١٥٠٤٩ - ثم لا فرق بين هذا وبين المضاربة ، لأن من أصحابنا من قال : إذا شرط عمل رب المال وعمل المضارب ولم يشترط اجتماعهما في التصرف ، فلم تبطل المضاربة ، وإنما يبطلها إن شرط عمل رب المال معه حتى لا يجوز الانفراد بالعمل ، كذلك / [٤] في مسألتنا : إن شرط عملهما مجتمعا ومتفرقا جاز . وإن قال : على أن لا يتصرفا إلا معًا لا يصح حتى يوجد تسليم المال إلى المضارب ، وهذا لا يوجد في مسألتنا . ١٧٣/أ

١٥٠٥٠ - قلنا : هذا الاختلاف لمعنى صحيح ، وذلك لأن المضاربة ائتمان للمضارب ، فلا تتم الأمانة إلا بالتسليم ، كالوديعة ؛ وفي الشركة : كل واحد منهما مؤتمن للآخر [٥] ، فتصح الأمانة وإن لم ينفرد أحدهما ، كالمودعين [٦] والمضاربين .

١٥٠٥١ - قالوا : نماء مشترك ؛ فوجب أن يكون على قدر المالين ؛ أصله : ثمرة البستان ، وأجرة العقار ، وكسب العبد ، وأولاد الماشية وألبانها .

١٥٠٥٢ - قلنا : النماء إذا لم يجز أن يستحق غير الشريك جزءًا [٧] منه بالعمل في

---

(١) في (م) ، (ع) : [أن يكون] ، وفي (ع) : [باطلا] .
(٢) في (ع) : [جعله] ، مكان : [جعل] ، وفي (م) ، (ع) : [الأجنبي] بدون اللام .
(٣) في (م) ، (ع) : [فلا يعتبر] .
(٤) في (ع) : [في العمل وكذلك] ، مكان المثبت .
(٥) في (م) ، (ع) : [للآخر] ، مكان : [كالآخر] .
(٦) في (م) ، (ع) : [كالمودن] ، وفي (ص) : [كالودن] ، ولعل الصواب ما أثبتناه .
(٧) في (م) ، (ع) : [جزء] .

المال [لم يجز أن يستحق فيه الشريك ، والربح يجوز أن يستحق غير الشريك جزءا منه بالعمل في المال] (١) فجاز أن يستحقه الشريك . يبين (٢) ذلك : أنه ليس لأحدهما تأثير في حصول الولد ، فلا يستحق بعضه بالعمل ، فأما الربح فللعمل تأثير فيه ، فجاز أن يستحق به .

١٥٠٥٣ - فإن قيل : لو عمل الشريك الذي شرط له أقل النصيبين استحق الآخر الفضل ، فدل على أنه لا يستحقه بالعمل .

١٥٠٥٤ - قلنا : إنما نعني (٣) بقولنا : أنه يستحقه بالعمل أنه يستحقه بشرط العمل لا بوجوده . يبين (٤) ذلك : أن المضارب يستحق الربح بالعمل ، ولو لم يعمل وعمل رب المال استحق [المضارب الربح ؛ لأن عمل رب المال وقع إعانة له ، كذلك في مسألتنا .

١٥٠٥٥ - فإن قيل : إذا عملا جميعا في المال استحق] (٥) عندكم أحدهما عوضا بعمله (٦) ، ولم يستحق الآخر شيئًا .

١٥٠٥٦ - قلنا : لأن أحدهما تبرع بعمله ، وهذا غير ممتنع ، كما لو استأجر رجل رجلا للخدمة .

١٥٠٥٧ - قالوا : هذه شركة تتضمن ، (٧) المضاربة ، والعقد الواحد لا يجمع بين عقدين ، وكذلك لو باع ثوبا بدينار وخدمة المشتري شهرًا ؛ جاز وجمع العقد الإجارة والبيع .

* * *

---

(١) ما بين المعكوفتين : ساقط من (م) ، (ع) .

(٢) في (ع) : [تبين] .

(٣) في (م) ، (ع) : [يعني] .

(٤) في (م) ، (ع) : [تبين] .

(٥) ما بين المعكوفتين : ساقط من (م) ، (ع) .

(٦) في (م) ، (ع) : [بعلة] .

(٧) في (م) : [يتضمن] .



مسألة ٧٤٩

لمن تكون الأجرة في الشركة الفاسدة ؟

١٥٠٥٨ - قال أصحابنا : إذا اشتركا شركة فاسدة والربح على مقدار رأس المال ؛ فلا أجرة [١] لواحد منهما [٢] .

١٥٠٥٩ - وقال الشافعي : يقتسمان الربح على مقدار رؤوس مالهما ولكل واحد منهما [٣] أجر مثله فيما عمل ، أو يسقط منه حصة نصيبه ، ويستحق الباقي ويتقاصّان به ، فإن فضل شيء استحقه من ثبت له [٤] .

١٥٠٦٠ - لنا : أن من استحق الربح المشروط في الشركة لم يستحق أجرة عمله فيها ، كالشركة الصحيحة ، وهذا [٥] فرض فيه إذا شرطا في الشركة الربح بقدر المال .

١٥٠٦١ - ولأنه استحق جزءًا من ربح ما عمل منه ؛ فلا يستحق الأجرة في شيء منه ، كالمضارب .

١٥٠٦٢ - احتجوا : بأنه عقد يبتغي [٦] منه الفضلَ في باقي الحال [٧] ؛ فوجب أن يقابل العملَ فيه عوضٌ ، كالمضاربة .

١٥٠٦٣ - قلنا : يبطل بالشركة الصحيحة ، ولأن المضاربة لا تخلو صحتها من

---

(١) في (م) ، (ع) : [ولا أجرة] .

(٢) راجع المسألة في : بدائع الصنائع « كتاب الشركة » ، « فصل : وأما حكم الشركة » (٧٧/٦) .

(٣) من قوله : [وقال الشافعي] إلى قوله : [ولكل واحد منهما] ساقط من (م) ، (ع) .

(٤) راجع المسألة في : المهذب مع تكملة المجموع الثانية « كتاب الشركة » (٧٢/١٤ ، ٧٣) ، حلية العلماء « كتاب الشركة » (٩٦/٥ ، ٩٧) ، فتح العزيز مع الوجيز ، بذيل المجموع « كتاب الشركة » (٤٢٤/١٠ ، ٤٢٧ - ٤٣٢) ، كفاية الأخيار (٢٨٢/١) ، مغني المحتاج « كتاب الشركة » (٢١٥/٢) ، نهاية المحتاج (١٢/٥) ، المدونة « كتاب الشركة » ، « في الشركة بالعروض » ، و « في الشركة بالمالين المتفاضلين » (٣٠/٤ ، ٣٢ ، ٣٣) ، الكافي لابن عبد البر « باب الشركة » (٧٨١/٢ ، ٧٨٣) ، شرح الزرقاني « باب الشركة » (٤٧/٦) ، البهجة في شرح التحفة (٢١١/٢) ، المغني « كتاب الشركة » (٢٠/٥ ، ٢١) ، الإنصاف « كتاب الشركة » (٤٢٤/٥ ، ٤٢٥) .

(٥) في (م) ، (ع) : [ولأن المضاربة وهذا] ، بزيادة : [ولأن المضاربة] .

(٦) في (ع) : [يتبقي] .

(٧) هكذا في جميع النسخ بلفظ : [في باقي الحال] ، ولعل المعنى فيما يأتي من الزمان .

عوض في مقابلة [١] العمل ، كذلك فاسدها .

١٥٠٦٤ – قالوا : إذا كان المال متساويًا وشرط التفاضل في الربح فلم يرض الذي شرط له الفضل بالعمل إلا أن يستحق الأجر وإن لم يشرط في مقابلة عمله عوضًا إذا كانا قد شرطا الربح على مقدار المال ، فلا معنى لاعتبار شرط العوض ، [فأما على قولنا فالأجرة لا تستحق في مقابلة العمل في مال الشركة ، فهو ضمان بشرط العوض] [٢] لا يكون آكد من شرط الأجرة .

١٥٠٦٥ – فإن قيل : عندكم يستحق العوض عن عمله في الشركة الصحيحة إذا شرط له الفضل ، كذلك في الفاسدة [٣] .

١٥٠٦٦ – قلنا : الربح في الشركة ليس بعوض ، وإنما يقابل العمل ، ولهذا استحق المضارب الربح ، وهو شريكٌ بأول جزء منه ، لأنه في مقابلة عمله ، لا على طريق البدل . فأما الأجرة فلا تكون [٤] إلا بدلًا عن العمل ، وذلك لا يستحق العمل في المال المشترك .

* * *

(١) في (ص) : [مقابل] .
(٢) ما بين القوسين : ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش .
(٣) في (ص) : [الفاسد] .
(٤) في (م) : [فلا يكون] .

مسألة ٧٥٠

جواز شراء كل منهما وبيعه عند اشتراكهما في المال

١٥٠٦٧ - قال أصحابنا : إذا اشتركا في المال جاز لكل واحد منهما الشراء والبيع بغير إذن الآخر [1] .

١٥٠٦٨ - وقال المزني عطفًا على الشركة في العروض ، والشركة في الدراهم : وإن اشترى فليس لأحدهما أن يبيع دون صاحبه .

١٥٠٦٩ - فمن أصحابه من قال : هذا راجع إلى الشركة في العروض خاصة ، ومنهم من قال : إلى شركة العنان ، وقد نص على [2] ذلك في جامعه [3] .

١٥٠٧٠ - لنا : أنه نوع شركة ؛ فلم يفتقر المتصرف إلى إذن ، كالمضاربة .

ولأن مقتضى الشركة : التصرف ، والشرى ، والبيع ، ومقتضى العقد لا يحتاج إلى التصريح بذكره ، كذلك في البيع .

١٥٠٧١ - ولأن التصرف في شركة العقود لو وقف [4] على الإذن ، لصارت [5] وشركة الأملاك سواء .

١٥٠٧٢ - احتجوا : بأن الشركة لا تفيد التصرف في ملك العين ، بدلالة شركة الأملاك .

١٥٠٧٣ - الجواب : أن هذا يبطل بالمضاربة .

(١) راجع المسألة في : روضة القضاة « كتاب الشركة » ، « فصل ما لكل شريك من التصرفات » (٥٧٠/٢) ، المسألة (٣٣٦٧) ، بدائع الصنائع « كتاب الشركة » ، « فصل : وأما حكم الشركة » (٦٨/٦) .

(٢) لفظ : [على] ساقط من صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش .

(٣) في (م) ، (ع) : [على جامعه] . وراجع المسألة في : مختصر المزني « باب الشركة » ص١٠٩ ، المهذب مع تكملة المجموع الثانية « كتاب الشركة » (٧٠/١٤) ، فتح العزيز مع الوجيز : « كتاب الشركة » ، بذيل المجموع (٤٠٤/١٠ - ٤٠٦) ، كفاية الأخبار « فصل وللشركة خمس شرائط » (٢٨٢/١) ، مغني المحتاج « كتاب الشركة » (٢١٤/٢ ، ٢١٥) ، الكافي « باب تصرف الشريك في مال الشركة » (٧٨٣/٢) ، شرح الزرقاني « باب الشركة » (٤٥/٦ ، ٤٧) ، المغني « كتاب الشركة » (٢١/٥) ، الكافي لابن قدامة « باب الشركة » (٢٥٩/٢ ، ٢٦٠) .

(٤) في (ص) : [لوقف] . مكان : [لو وقف] .

(٥) في (ع) : [لصارت] ، والأصح أن يقال : [لصارت هي] ، بزيادة : [هي] .

١٥٠٧٤ - ولأن شركة الأملاك لم تعقد [١] فيها على التصرف ، فلم يجز التصرف بغير إذن ، وشركة العقود معقودة [٢] على التصرف ، فلم يفتقر إلى الإذن [٣] ، كالمضاربة .

* * *

(١) في (م) ، (ع) : [لم يعقد] ، أي لم تعقد الشركة في الأملاك على التصرف .
(٢) في (ص) ، (م) : [معقود] .
(٣) في (ع) : [فلم تفتقر] ، مكان : [فلم يفتقر] ، أي فلم يفتقر التصرف


مسألة ٧٥١

تصح الشركة مع الشرط الفاسد

١٥٠٧٥ – قال أصحابنا : إذا شرط أن الوضيعة [١] بينهما أثلاثًا مع التساوي في المال ، بطل الشرط ، وصحت الشركة ، وكانت الوضيعة [٢] على قدر المال [٣] .

١٥٠٧٦ – وقال الشافعي : الشركة باطلة [٤] .

١٥٠٧٧ – لنا : أن النماء يتبع [٥] رأس المال في الشركة . وإذا شرط أن لا يتبع [٦] المال لم تبطل الشركة ، كالربح .

١٥٠٧٨ – ولأنه شَرَط في الشركة ما لا يمنع التصرف ، فلم يبطلها . أصله : إذا قال : على أن لا تسافر .

١٥٠٧٩ – ولأن كل عقد لا يتم بالقول [٧] لا يبطله الشرط ، كالهبة ، إذا وقتها بعمر الموهوب [٨] .

١٥٠٨٠ – ولا يلزم : الصرف [٩] ، والسلم ، لأنهما يتمان [١٠] بالقول ، ولهذا يجبرهما [١١] القاضي على التقابض ، وإنما يبطلان بالتفرق [١٢] ، كما يبطل البيع بهلاك

---

(١) في (م) ، (ع) : [الوظيفة] ، وهو تصحيف . والوضيعة : الخسارة في التجارة ، وفي المغرب : [وضع في تجارته وضيعة خسر ولم يربح] . راجع : مقاييس اللغة ، مادة : [وضع] (١١٧/٦) ، المغرب ص٤٨٧، المصباح المنير (٦٣٤/٢) .

(٢) في (م) ، (ع) : [الوظيفة] ، وهو تصحيف .

(٣) راجع المسألة في : مجمع الأنهر : « كتاب الشركة » (٧٣٠/١) .

(٤) راجع المسألة في : المهذب مع تكملة المجموع الثانية « كتاب الشركة » (٧١/١٤) ، شرح الزرقاني « باب الشركة » (٤٧/٦) ، الإفصاح : « باب الشركة » (٢٠٤/١) .

(٥) في (م) ، (ع) : [أن ما يتبع] ، مكان المثبت .

(٦) في (ع) : [يبيع] ، وفي (ص) : بدون نقط ، لعل الصواب ما أثبتناه .

(٧) في سائر النسخ : [لا يتم القول] ، لعل الصواب ما أثبتناه بزيادة الباء .

(٨) قاعدة : « كل عقد لا يتم بالقول لا يبطله الشرط ، كالهبة إذا وقتها بعمر الموهوب » .

(٩) في (م) ، (ع) : [التصرف] .

(١٠) في (ع) : [لأنها] ، مكان : [لأنهما] ، وفي (ص) : [يتما] ، بدون : [ن] .

(١١) في (م) ، (ع) : [يخيرهما] . (١٢) في (ص) : [التعرف] .

المبيع قبل القبض .

١٥٠٨١ – احتجوا : بأنه إطلاق شرط [١] يخالف مقتضى الشركة ، فصار كشرط تصرفهما معًا .

١٥٠٨٢ – قلنا : هناك شرط ما ينافي التصرف في [٢] المعقود عليه ، وههنا شرط التفاضل في الوضيعة ، وذلك شرط عين [٣] المعقود عليه ، فلا يبطلها .

* * *

---

(١) في (م) ، (ع) : [شرط ما] ، بزيادة : [ما] .

(٢) في (م) ، (ع) : [وهو] ، مكان : [في] .

(٣) في جميع النسخ : [عين] .

مسألة ٧٥٢

توكيل الشريك والمضارب

١٥٠٨٣ – قال أصحابنا : توكيل الشريك والمضارب جائز [١] .

١٥٠٨٤ – وحكي أصحابنا عن الشافعي : أنه لا يجوز [٢] .

١٥٠٨٥ – لنا : أنه يملك عموم التصرف ، فجاز توكيله ، كالوصي .

١٥٠٨٦ – ولأنه يملك البيع والشراء [٣] مطلقًا ، كالوصي .

١٥٠٨٧ – ولا يلزم : الوكيل ، لأنه لا يملك أن يشترى مطلقًا حتى يعين له ما يشتريه .

١٥٠٨٨ – ولأنه عقد يملكه الوصي على اليتيم فملك الشريك جنسه في مال الشركة ، كالبيع والرهن .

١٥٠٨٩ – ولا يلزم : التزويج : لأن الشريك المفاوض يملك ذلك في جارية مشتركة [٤] .

* * *

(١) راجع المسألة في : تحفة الفقهاء « كتاب الشركة » (٩/٣) ، بدائع الصنائع « كتاب الشركة » ، و « كتاب المضاربة » (٦٩/٦ ، ٨٨) ، فتح القدير مع الهداية ، وبذيله العناية « كتاب الشركة » (١٨٤/٦ ، ١٨٥) ، البناية مع الهداية « كتاب الشركة » (٨٦٩/٦) ، مجمع الأنهر « كتاب الشركة » (٧٣١/١) .

(٢) راجع تفصيل المسألة في : المغني « كتاب الشركة » و « كتاب الوكالة » (٢٣/٥ ، ٩٨) ، الكافي لابن قدامة « باب الشركة » ، و « كتاب الوكالة » (٢٤١/٢ ، ٢٦٠) ، الإنصاف « كتاب الشركة » (٤١٥/٥ ، ٤١٨) .

(٣) في (م) ، (ع) : [الشراء والبيع] ، بالتقديم والتأخير .

(٤) في (م) ، (ع) : [المشتركة] .



مَوْسُوْعَة

القَوَاعِدِ الفِقْهِيَّةِ المُقَارِنَةِ

المُسَمَّاة

التَّجْرِيْد

كتاب الوكالة

مسألة [(١)] ٧٥٣

التوكيل في الخصومة

١٥٠٩٠ - قال أبو حنيفة : توكيل الحاضر الصحيح لا يلزم الخصم إلا برضاه .

١٥٠٩١ - وقال في الأصل : لا يقبل توكيل [(٢)] الحاضر إلا من عذر ، وقال في الشفعة : الوكالة باطلة .

١٥٠٩٢ - وقال الطحاوي : وليس للحاضر أن يوكل إلا عن عذر .

وهذا يدل على أن الوكالة لا تصح [(٣)] ، والأظهر : أنها صحيحة ، إلا أنه لا يلزم الخصم الجواب عنها .

١٥٠٩٣ - وأما [(٤)] الغائب والمريض فيقبل توكيلهما ، والمخدرة [(٥)] ظاهر الأصل يقتضي : أنها لا توكل [(٦)] ، وكان أبو بكر الرازي يقول : إنها كالمريض .

١٥٠٩٤ - وقال أبو يوسف ، ومحمد : الوكالة جائزة ، وعلى الخصم أن يجيب الوكيل [(٧)] .

---

(١) الوكالة - بفتح الواو وكسرها - لغة : التفويض والتسليم ، من وكل إليه الأمر إذا فوضه إليه واكتفى به ، ومنه : توكلت على الله ، فيكون الوكيل بمعنى المفعول ، لأنه موكول إليه الأمر ، ويقال : الوكالة لغة : الحفظ ، ومنه قوله تعالى : ﴿ لَآ إِلَٰهَ إِلَّا هُوَ فَٱتَّخِذْهُ وَكِيلًا ﴾ (سورة المزمل : الآية ٩) ، فيكون الوكيل بمعنى فاعل ، وهي اسم للتوكيل ، من وكله يوكله توكيلًا . (مادة وكل) . راجع : المغرب ص٤٩٣ ، المصباح المنير (٦٤١/٢) ، أنيس الفقهاء ص٢٣٨ ، ٢٣٩ ، البناية (٢٦١/٨) . وأما شرعًا : فهي عبارة عن إقامة الإنسان غيره مقام نفسه في تصرف جائز معلوم . راجع : فتح القدير مع العناية (٤٩٩/٧ ، ٥٠٠) ، مجمع الأنهر (٢١١/٢ ، ٢١٢) ، كفاية الأخيار (٢٨٣/١) ، مغني المحتاج (٢١٧/٢) .

(٢) في (م) ، (ع) : [توكيله] . (٣) في (م) : [لا يصح] .

(٤) في (م) ، (ع) : [فأما] .

(٥) في (ص) : [المحذرة] ، وفي (م) ، (ع) : [المحدرة] ، وكل ذلك تصحيف ، الصواب ما أثبتناه بالخاء المعجمة ، والدال المهملة . واختلفت عبارات المشائخ في تفسير المخدرة ، فقال بعضهم : هي المرأة التي لم تجر عادتها بالبروز وحضور مجلس القاضي . وقال البزودي : هي التي لا يراها غير المحارم من الرجال ، وأما التي جلست على المنصة فرآها الأجانب لا تكون مخدرة . راجع : فتح القدير (١١/٨) ، البناية (٢٧٣/٨) .

(٦) في (م) ، (ع) : [أنه لا يوكل] ، مكان المثبت .

(٧) راجع تفصيل المسألة في : مختصر الطحاوي [كتاب الوكالة] ص١٠٨ ، روضة القضاة « كتاب =

١٥٠٩٥ - وبه قال الشافعي [١] .

١٥٠٩٦ - لنا : حديث أم سلمة رضي الله عنها أن النبي ﷺ قال [٢] : « إذا ابتلي أحدكم بالقضاء ، فليسو بينهما في المجلس والنظر والإشارة ، ولا يرفع صوته على أحد الخصمين أكثر من الآخر » [٣] .

١٥٠٩٧ - وروي : « من ولي القضاء بين اثنين ، فليسو بينهما في المجلس والنظر » [٤] ، وليس من التسوية أن يكون أحدهما في منزله والآخر على باب الحكم يناظر الوكيل ويدخل [٥] معه .

١٥٠٩٨ - فإن قيل : إذا جوز القاضي للحاضر أن يوكل كما وكل خصمه فقد سوى بينهما ، والخصم هو المختار لترك المساواة حين لم يوكل .

١٥٠٩٩ - قلنا : قد لا يقدر أحدهما على التوكيل ، وقد لا يأمن وكيله ، فإذا

= الوكالة » (٦٣٨/٢) ، المسألة (٣٥٩٠) ، تحفة الفقهاء « كتاب الوكالة » (٢٢٨/٣) ، بدائع الصنائع « كتاب الوكالة » ، « فصل : وأما الشرائط » (٢٢/٦) ، الهداية مع تكملة فتح القدير « كتاب الوكالة » (٨/٨ - ١١) ، البناية مع الهداية « كتاب الوكالة » (٢٦٩/٨ - ٢٧٣) ، مجمع الأنهر « كتاب الوكالة » (٢١٣/٢ ، ٢١٤) ، معين الحكام « الفصل الرابع في الوكالة والكفالة والحوالة » ص٢٥٠ ، ٢٥١ ، حاشية ابن عابدين « كتاب الوكالة » (٤١٧/٤ ، ٤١٨) .

(١) انظر : حلية العلماء « كتاب الوكالة » (١٢٣/٥) ، فتح العزيز مع الوجيز « كتاب الوكالة » ، بذيل المجموع (٦/١١ ، ٩) تكملة المجموع مع المهذب « كتاب الوكالة » (٩٨/١٤ ، ١٠٠) ، الكافي لابن عبد البر « كتاب الوكالات » ، « باب ما تنعقد به الوكالة وتصرف الوكيل » (٧٨٧/٢) ، بداية المجتهد « كتاب الوكالة » ، « الباب الأول في أركانها » (٣٥٢/٢) ، قوانين الأحكام الشرعية « الباب الثامن في الوكالة » ص٣٣٩ ، حاشية البناني في هامش شرح الزرقاني (٧٣/٦) ، الإفصاح « باب الوكالة » (٢٠٧/١) ، المغني « كتاب الوكالة » (٨٩/٥ ، ٩٠) ، مختصر الإنصاف والشرح الكبير « باب الوكالة » ص٣٦٦ .

(٢) الزيادة : من (م) ، (ع) ، ولفظ : [قال] ساقط من صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش

(٣) حديث أم سلمه (رضي الله عنها) عزاه الزيلعي بمثل هذا اللفظ إلي إسحاق بن راهويه في مسنده ، والطبراني في معجمه ، في نصب الراية « كتاب أدب القاضي » (٧٣/٤ ، ٧٤) ، في مجمع الزوائد « كتاب الأحكام » ، « باب التسوية بين الخصمين » (١٩٧/٤) .

(٤) أخرجه الدارقطني ، بلفظ : « من ابتلي بالقضاء بين الناس ، فليعدل بينهم في لحظه وإشارته ومقعده » ، وفي « كتاب في الأقضية والأحكام » (٢٠٥/٤) ، الحديث (١٠) ، والبيهقي في الكبرى « كتاب آداب القاضي » ، « باب إنصاف الخصمين في المداخل عليه ... إلخ » (١٣٥/١٠) .

(٥) لفظ : [يدخل] غير واضح في (ص) ، وفي (م) ، (ع) : [وسل] ، لعل الصواب ما أثبتناه .

ألزمناه الحضور مع التوكيل وهو لا يتمكن من التوكيل [1] ، فقد تركنا التسوية .

١٥١٠٠ – ولأن عند مخالفنا : إذا وجبت اليمين وجب على المستحلف أن يحضر ، فلا يجوز أن يستنيب ، ويجوز لخصمه أن يوكل من يستوفي اليمين ، وهذا ترك التسوية بينهما في مجلسه ومخالفة للخبر .

١٥١٠١ – ولأنها استنابة فيما يختص بحضرة الحاكم ، فلم يلزم الخصم حكمها ابتداء من غير عذر ، كالشهادة على الشهادة .

١٥١٠٢ – ولأن ما يختص بحضرة القاضي لا يلزم الاستنابة فيه ابتداء ، كالشهادة .

١٥١٠٣ – فإن قيل : التوكيل يصح إذا رضي الخصم ، والشهادة لا تصح [2] .

١٥١٠٤ – قلنا : لأن المانع من الشهادة على الشهادة مع القدرة حق اللّٰه تعالى فلم يسقط برضا غيره ، والمنع من التوكيل لحق الخصم فسقط برضاه .

١٥١٠٥ – قالوا : دعوى الوكيل والموكل سواء ، فلم يقف [3] أحدهما على العجز عن الآخر ، وقول شهود الفرع يخالف [4] قول شهود الأصل ، لأنهم يثبتون [5] الشهادة دون المشهود به .

١٥١٠٦ – قلنا : لا فرق بينهما ؛ لأن الوكيل يباينه ثم يذكر الدعوى .

١٥١٠٧ – والجواب أن الخصم يذكر الدعوى خاصة ، وشهود الفرع يذكرون استنابتهم أولًا ، ثم يذكرون الشهادة التي يأتي بها شهود القضاء ، فهما من هذا الوجه سواء [6] .

١٥١٠٨ – قالوا : على الحاكم مشقة في قبول الفرع مع حضور الأصل [7] ، لأنه يحتاج إلى تأمل وبحث [8] عن حال شهود / الأصل والفرع ، وإذا اقتصر على شهود الأصل لم يحتج إلى هذا البحث ، والتوكيل مع القدرة لا مشقة على القاضي في سماع دعوى الوكيل .

١٧٣/ب

---

(١) قوله : [من التوكيل] ساقط من (م) ، (ع) .

(٢) في (م) : [لا يصح] .

(٣) في (م) ، (ع) : [فلم يعف] .

(٤) في (ع) : [تخالف] .

(٥) في (ع) : [سون] ، مكان : [يثبتون] ، وهو غير منقوط في (ص) ، (م) ، لعل الصواب ما أثبتناه .

(٦) في (م) ، (ع) : [من سواء] ، بزيادة : [من] .

(٧) في (م) ، (ع) : [الخصم] ، مكان : [الأصل] .

(٨) في (م) ، (ع) : [ويجب] .

١٥١٠٩ - قلنا : لو كان امتناع قبول الشهادة لهذا المعنى لوجب إذا رضي القاضي بتحمل هذه المشقة أن يجوز سماع الشهادة ؛ لأنه أسقط حق نفسه ، وأنه لا فرق بينهما ، لأن القاضي يلحقه مشقة بالوكالة ، لأنه محتاج إلى ثبوت الوكالة والنظر في صفات الوكيل وهل هو ممن تصح [1] وكالته أم لا ، ويجتهد في جواز إقراره أو إبطاله ، وإذا سمع الدعوى من الموكل [2] كان أيسر وأسهل ، ولا فرق بينهما .

١٥١١٠ - قالوا : ليس على المدعي ضرر في الامتناع من قبول شهود الفرع ، لأنه يثبت [3] حقه بشهود الأصل ، وعليه ضرر إذا لم يسمع من وكيله ، لأنه ممن يكون لا يلحن بحجته ، فإذا لم يسمع من وكيله أضرَّبه .

١٥١١١ - قلنا : قد يضره رد شهود الفرع ؛ لأنهم يكونون في المجلس ، فيتعجل ثبوت [4] الحق ، فإذا ردوا احتاج [5] إلى إحضار شهود الأصل فتأخر حقه .

١٥١١٢ - فأما قولهم : إن في منع التوكيل إضرارا [6] به ؛ لأنه لا يلحن بحجته ، ففي قبوله إضرار بخصمه ، لأنه لا يقدر على مقاومة الوكيل ومحاجته ، فلم يجز إلحاق الضرر به .

١٥١١٣ - ولأنه توكيل في الخصومة ؛ فلم يلزم الخصم قبوله ابتداء من غير عذر ، أصله : إذا وكل صبيًا مأذونًا .

١٥١١٤ - ولأن كل من لا يلتزم وكالته المتعلقة بالشرط ، لا يلزم وكالته مطلقة [7] ، كالصبي والمجنون [8] .

١٥١١٥ - ولأنه استنابة في الخصومة على من اختلف في جواز إقراره عليه ، فصار كما لو وكل صبيًا ، وهذه المسألة مبنية على أن المدعى عليه [9] يلزمه الحضور .

١٥١١٦ - وقال الشافعي : لا يلزمه ، وإنما يقال : احضر أو وكل [10] .

---

(١) في (م) : [يصح] .
(٢) قوله : [من الموكل] ساقط من صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش .
(٣) في (م) ، (ع) : [ثبت] . (٤) في (ص) : [بثبوت] .
(٥) في (م) ، (ع) : [فما احتاج] ، و في (ص) : [فاحتاج] .
(٦) في سائر النسخ : [إضرار] ، الصواب كما أثبتناه بالنصب .
(٧) في (ع) : [مطلقا] .
(٨) في (م) ، (ع) : [كالصبي المجنون [بدون الواو .
(٩) لفظ : [عليه] ساقط من (م) ، (ع) .
(١٠) في (م) ، (ع) : [احضروا وكل] ، مكان المثبت .

١٥١١٧ - لنا : قوله تعالى : ﴿ وَإِذَا دُعُوٓاْ إِلَى ٱللَّهِ وَرَسُولِهِۦ لِيَحۡكُمَ بَيۡنَهُمۡ إِذَا فَرِيقٞ مِّنۡهُم مُّعۡرِضُونَ ﴾ (١) ، فذمهم بترك الحضور .

١٥١١٨ - ولا يقال : إنما (٢) ذمهم بالإعراض ، ومن وكل فلم يعرض ، لأنه قد أعرض عن الحضور بنفسه ، والذم يتناول الإعراض بكل وجه ، يبين ذلك : قوله تعالى : ﴿ وَإِن يَكُن لَّهُمُ ٱلۡحَقُّ يَأۡتُوٓاْ إِلَيۡهِ مُذۡعِنِينَ ﴾ (٣) ، فذمهم على الإعراض عن الإتيان الذي يفعلونه إذا كان الحق لهم .

١٥١١٩ - ويدل عليه : حديث الحسن « أن النبي ﷺ قال : « من دعي إلى (٤) حاكم من حكام المسلمين فلم يُجِب ، فهو ظالم (٥) لا حق له » (٦) ، ذكره الدارقطني ، فذمه على ترك الإجابة ، فدل : أنها واجبة .

١٥١٢٠ - وروي : « أن امرأة استعدت على زوجها فأعطاها رسول الله ﷺ هدبة من ثوبه (٧) ، وقال : قولي له : لم (٨) يحضر ولم يقل أو يحضر وكيله » (٩) .

١٥١٢١ - ولأن البينة أحد ما يقطع به الخصومة ، فجاز أن يجب على المدعى عليه أن يحضر لأجلها (١٠) ، كاليمين إذا وجبت (١١) عليه .

١٥١٢٢ - ولأن المدعي أحد المتداعيين (١٢) ؛ فجاز أن يستحق عليه الحضور ، كالمدعي عليه الحد والقصاص .

١٥١٢٣ - ولأن من تُقطع (١٣) الخصومة بقوله إذا لم يلحقه مشقة في الحضور ،

---

(١) سورة النور : الآية ٤٨ .
(٢) في (ع) : [إنه] ، مكان : [إنما] .
(٣) سورة النور : الآية ٤٩ .
(٤) لفظ : [إلى] ساقط من (م) ، (ع) .
(٥) الزيادة : من سنن الدارقطني ، والبيهقي .
(٦) في سائر النسخ : [إلا فلا حق له] ، والمثبت من سنن الدارقطني ، وأحكام القرآن للجصاص . وحديث الحسن : أخرجه الجصاص ، في أحكام القرآن « باب لزوم الإجابة لمن دعي إلي الحاكم » (٣٢٩/٣) والدارقطني في السنن « كتاب في الأقضية والأحكام » (٢١٤/٤) ، الحديث (٣٦) ، والبيهقي دون قوله : [لا حق له] ، في الكبرى « كتاب من دعي إلي حكم حاكم » (١٤٠/١٠) .
(٧) في (م) ، (ع) : [نوبه] .
(٨) لفظ : [لم] مكرر في (ص) .
(٩) لم نعثر على هذا الحديث بعد .
(١٠) في (م) ، (ع) : [الحضور لأجله] ، مكان المثبت .
(١١) في سائر النسخ : [وجب] ، والصواب ما أثبتنا .
(١٢) في (م) : [المتداعين] .
(١٣) في (ع) : [نقطع] .

جاز أن يجب عليه الحضور ، كالشاهد .

١٥١٢٤ - قلنا : حق لزمه ، فلا ينتقل إلى غيره بغير رضاه [1] ، كالحوالة .

١٥١٢٥ - أو نقول [2] : الحضور للخصومة قد لزمه ، وهذا معني يتفاوت [3] الناس فيه تفاوتا [4] ظاهرًا ؛ لأنَّ فيهم من يستعين بنيابة ، فيصور [5] الباطل بصورة الحق ، ولهذا قال النبي ﷺ : « إنكم لتختصمون إليَّ ، ولعل بعضكم ألحن بحجته من بعض » [6] ، فإذا كان كذلك لم يجز نقل ما لزمه إلى غيره إلا برضا خصمه ، كما أن الدين لما لزمه كان الناس يختلفون في الذمم اختلافًا ظاهرًا ، لم يملك نقل الدين من ذمته [7] إلى ذمة غيره إلا برضا خصمه .

ولا يلزم : المريض والمسافر [8] ، لأن الحضور لا يلزمهما [9] .

ولا يلزم : إذا وكل بقضاء الدين ؛ لأن الوكيل إذا شدد لم يدفع [10] أكثر من الحق ، ولم يأخذ أقل منه ، وذلك غير مستحق ، والوكيل بالخصومة يثبت ما ليس بحق .

١٥١٢٦ - احتجوا : بما روي « أن عليًا (ﷺ) [11] وكَّل أخاه عقيلًا عند أبي بكر وعمر ، فلما كان عثمان أمر عقيل ، فوكل عبد الله بن جعفر ، وكان يقول : إن للخصومة قحمًا ، وأن الشيطان يحضرها ، وإني أكرهها » [12] ، فهذا يدل على أن

---

(١) في (م) ، (ع) : [برضاه] ، مكان : [بغير رضاه] .

(٢) في (م) ، (ع) : [أو يقول] . (٣) في (م) ، (ع) : [تتفاوت] .

(٤) في (م) : [معاونا] . (٥) في (م) : [فتصور] .

(٦) هذا جزء من حديث أم سلمة (﵂) ، أخرجه البخاري بطوله في الصحيح « كتاب الحيل » ، « باب بعد » باب إذا غصب جارية » (٢٠٤/٤) ، ومسلم في الصحيح « كتاب الأقضية » ، « باب الحكم بالظاهر واللحن بالحجة » (١٣٣٧/٣) ، الحديث (١٧١٣/٤) ، وأبو داود في السنن « كتاب الأقضية » (٢٩٥/٢) ، والترمذي في السنن « كتاب الأحكام » ، « باب ما جاء في التشديد على من يقضي له بشيء » (٦١٥/٣) ، الحديث (١٣٣٩) ، والنسائي في المجتبي « كتاب آداب القاضي » ، في « الحكم بالظاهر » (٢٣٣/٨) ، وابن ماجه في السنن « كتاب الأحكام » ، « باب قضية الحاكم لا تحل حرامًا » (٧٧٧/٢) ، الحديث (٢٣١٧) .

(٧) في (ص) : [ذمة [بدون الهاء . (٨) في (م) : [لا يلزمها] .

(٩) في (م) ، (ع) : [لم يقع] ، مكان : [لم يدفع] ، وكذا في هامش (ص) من نسخة أخرى .

(١٠) الزيادة : من (م) ، (ع) .

(١١) لم نجد هذا الحديث بهذا اللفظ بعد ، وقد أخرجه ابن أبي شيبة في المصنف « كتاب البيوع والأقضية » ، في « الوكالة في الخصومة » (٣٨٩/٥) ، والبيهقي نحوه في الكبرى « كتاب الوكالة » ، « باب التوكيل في الخصومات مع الحضور والغيبة » (٨١/٦) . (١٢) في (م) ، (ع) : [سعوا] ، مكان : [امتنعوا] .

التوكيل إلى اختياره .

١٥١٢٧ – الجواب : أن هذا يدل على جواز التوكيل ، وكذلك نقول : وإنما للخصم أن يمتنع ، ولم ينقل : أن خصوم عليّ امتنعوا [١] فألزموا خصومة وكيله ، فلم يكن في التوكيل ومخاصمة خصومه باختيارهم دليل .

١٥١٢٨ – والظاهر منهم [٢] الرضا لوجهين ، أحدهما : أنهم [٣] كانوا يرون تعظيمه وتوقيره ، ولا يكلفونه بالحضور ، والثاني : أنه أقوم بالخصومة من عقيل وأفقه وأعرف بمواقع الحجج ، والظاهر أن الخصم لا يختار مخاصمة أشد الخصمين ، وأنه إذا خاصمه أضعفهما رضي به .

١٥١٢٩ – قالوا : توكيل في حقه ؛ فوجب أن لا يفتقر في [٤] المطالبة إلى رضا خصمه ، كما لو وكله في قبض حقه بعد ثبوته .

١٥١٣٠ – قلنا : الوكالة في القبض إنما يختلف الناس فيها ، لأن منهم السهل الذي يأخذ دون حقه ، ومنهم الصعب الذي يستوفي حقه ، وترك [٥] بعض الحق لا يجب ، فلم يختلف الواجب باختلاف من يتولاه ، وليس كذلك الخصوم ، لأن العارف بها يصور [٦] الباطل بصورة الحق ، فيثبت ما لا يجب ويسقط ما يجب ، فلما اختلف ذلك باختلاف الولي وقف [٧] على الرضا .

١٥١٣١ – قالوا : كل وكالة لا تفتقر إلى رضا الخصم مع المرض والسفر كذلك مع الحضور والصحة .

١٥١٣٢ – قلنا : لا يخلو أن تكون [٨] الوكالة من المدعي المريض أو المدعى عليه [٩] [فإن كان المريض هو المدعى عليه] [١٠] فالحضور لا يمكنه إلا بضرر ، فسقط عنه

---

(١) في (م) ، (ع) : [منهما] .

(٢) لفظ : [أنهم] ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش .

(٣) في (م) ، (ع) : [إلى] ، مكان : [في] .

(٤) في (م) ، (ع) : [بالقبض] .

(٥) في (م) ، (ع) : [وهذا هو وقول] ، مكان : [وترك] .

(٦) في (م) ، (ع) : [يتصور] .

(٧) في (م) ، (ع) : [المولي ووقع] ، مكان المثبت .

(٨) في (م) : [أن يكون] .

(٩) في (م) ، (ع) : [والمدعي عليه] ، أي : أو تكون من المدعي عليه المريض .

(١٠) ما بين المعكوفتين : ساقط من (م) ، (ع) .

للعجز [١] ، فجاز أن يوكل ، وإن كان المدعي هو المريض فهو [٢] لا يقدر على الحضور ، ولو [٣] لم يجز له التوكيل أدى إلى تأخير حقه ، وفي ذلك ضرر عليه ، وهذا المعني لا يوجد في الصحيح القادر .

١٥١٣٣ – فإن قيل : حقوق الآدمي المحضة لا تسقط بالأعذار ، وإنما تؤثر الأعذار في حقوق [٤] الله تعالى .

١٥١٣٤ – قلنا : قد تؤثر [٥] في حقوق الآدمي ؛ ألا ترى : أن المفلس يسقط [٦] عنه الحبس للعذر ، والمريضة لا يلزمها تمكين [٧] زوجها من الوطء ، لأجل الضرر ، وكذلك الحضور إن كان حقًّا لآدمي سقط بالعذر .

١٥١٣٥ – فإن قيل : المرض ليس بعذر في التوكيل ؛ لأن القاضي يُنْفِذُ إلى المريض من يحكم بينه وبين خصمه .

١٥١٣٦ – قلنا : المرض يمنع المخاصمة واستيفاء الحجة ، كما يمنع الحضور .

١٥١٣٧ – قالوا : فالأعذار تؤثر في تأخير الحقوق ، لا في إسقاطها .

١٥١٣٨ – قلنا : العذر إذا أخر [٨] الحق أسقطه في الحال ، وإن كان المدعى عليه مريضًا ، فخصمه بالخيار : إن شاء أخر الحق ، وإن شاء خاصم الوكيل ، وإن كان المدعي هو المريض ففي تأخير الحق ضرر به ، ولذلك [٩] جاز له أن يقيم غيره مقامه .

١٥١٣٩ – قالوا : من لا يعتبر رضاه في صحة التوكيل لا يعتبر في لزومه ، كالحاكم .

١٥١٤٠ – قلنا : الوصف غير مسلَّم على ظاهر لفظ [١٠] الكتاب والمختصر ، والوكالة موقوفة عندنا ، فأما أن نقول [١١] صحت ، فلا .

١٥١٤١ – ولأن الرضا قد يؤثر في تمام الشيء وإن لم يؤثر في صحته ، ألا ترى : أن رضا المقر له لا يعتبر في صحة الإقرار [١٢] ويعتبر في تمامه ، لأنه لو رده بطل ، وإن لم يرده

---

(١) في (م) ، (ع) : [للعجز] .
(٢) في (ص) : [وهو] .
(٣) الزيادة : من (م) ، (ع) .
(٤) في (ص) : [حق] .
(٥) في (م) : [يؤثر] .
(٦) في (ص) ، (م) : [سقط] .
(٧) في (م) : [يمكن] ، وفي (ع) : [تمكن] .
(٨) في (م) ، (ع) : [أخرج] ، مكان : [أخر] .
(٩) في (م) ، (ع) : [وكذلك] .
(١٠) في (ع) : [وصف] ، مكان : [لفظ] .
(١١) في (م) ، (ع) : [أن يقول] .
(١٢) في (م) ، (ع) : [في صحته للاقرار] ، مكان المثبت .

حتى مات المقر له ثبت ، فلولا أنه صح لم يلزم [(١)] بالموت ، وأما الحاكم فلا يعتبر رضاه في انتقال الدين بالحوالة ، وجاز أن يعتبر في انتقال الخصومة ، [ولما كان رضا الخصم يعتبر في انتقال الدين بالحوالة ، جاز أن يعتبر في انتقال الخصومة] [(٢)] بالوكالة ، والوديعة .

١٥١٤٢ – قالوا : المقصود من التوكيل تصرف الوكيل ، وإذا صحت الوكالة وجب أن يشتمل على جواز التصرف .

١٥١٤٣ – قلنا : لا نسلم صحتها ، بل نقول : إنها موقوفة على ما بينا .

١٥١٤٤ – قالوا : الدليل على أن الحضور ليس بمستحق : أن الخصم لو بعث بما يدعي عليه ، لم يكلف الحضور .

١٥١٤٥ – قلنا : الحضور مستحق لا لنفسه ، لكن لإثبات الحق واستيفائه ، فإذا بذل [(٣)] الحق سقط ما طلب الحضور لأجله [(٤)] ، فسقط الحضور . يبين [(٥)] ذلك : أنه لمَّا لم يلزمه عندهم لم يكن مستحقًّا .

١٥١٤٦ – قال الشافعي : إن كان المانع من التوكيل أنه مقيم مقامه من [(٦)] هو أقوى بالخصومة منه ، فيجب إذا وكل من هو دونه في الخصومة أن يجوز .

١٥١٤٧ – قلنا : المانع من الوكالة أمران ، أحدهما : هذا الذي ذكر ، والآخر : ما في ذلك من ترك التسوية ، وكون أحد الخصمين في داره ، والآخر بباب القاضي ، فإذا استناب من هو دونه في الخصومة وأجزناه يثبت الحكم بأحد العلتين ، ثم هذا لا يصح ، لأنه لا يمتنع [(٧)] أن يقف الوكالة للاختلاف الذي [(٨)] ذكره ، فيعتبر الرضا فيها في جميع الأحوال ، كما أن الحوالة بالدين امتنعت بغير تراض لاختلاف الذمم ، ثم لو نقل [(٩)] الحق إلى ذمة أوثق من [(١٠)] ذمته ، لم يجز إلا برضا خصمه ، كذلك هذا .

---

(١) في (ع) : [لم يلزمه] .

(٢) ما بين المعكوفتين : ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش .

(٣) في (ص) ، (م) : [بدل] بالدال المهملة .

(٤) في (م) ، (ع) : [لنفسه لأجله] ، بزيادة : [لنفسه] .

(٥) في (ع) : [نبين] .

(٦) في (م) ، (ع) : [لمن] .

(٧) في (م) ، (ع) : [لا يمنع] .

(٨) الزيادة : من (م) ، (ع) .

(٩) في (م) ، (ع) : [لم يقل] .

(١٠) في (م) ، (ع) : [أو ثمن] ، مكان : [أوثق] ، ولفظ : [من [ساقط من (م) ، (ع) ، و من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .


مسألة ٧٥٤

الإقرار عند القاضي بالتوكيل

١٥١٤٨ - قال أصحابنا (١) : إذا أقر عند القاضي أنه وكل هذا والقاضي يعرف الموكل ، صح الإقرار ، وإن كان لا يعرفه لا يسمع / هذا الإقرار حتى يشهد شاهدان بعرفانه . ١٧٤/أ

١٥١٤٩ - قال الخصاف (٢) : وإن كان القاضي يعرف الموكل قبل وكالته وأنفذها الوكيل .

١٥١٥٠ - وقال أصحاب الشافعي رحمهم اللّٰه : إذا سمع القاضي الإقرار يثبت (٣) وكالته عن من ناب عنه ، ولهذا (٤) الوكيل التصرف (٥) .

وإن (٦) كانوا يعنون بثبوت (٧) الوكالة أن القاضي علمها وأنه لا يحتاج في (٨) إنفاذها إلى إعادة الإقرار ، فهذا صحيح ، وهذا (٩) كمن أقر بدين لرجل عند القاضي فقد ثبت الإقرار بمعنى أن القاضي علمه ، وأنه لا يحتاج في إلزامه المقر إلى إعادة الإقرار .

---

(١) لفظ : [قال] ساقط من (م) ، (ع) ، والزيادة : أثبتناها تمشيًا بمنهج المصنف .

(٢) الخصاف : هو القاضي أحمد بن عمرو - وقيل : عمر - بن مهير - وقيل : مهران - ، أبو بكر الخصاف الشيباني ، أخذ عن أبيه ، عن الحسن ، عن أبي حنيفة وحدث عن أبي داود الطيالسي وعلي بن المديني وغيرهما . ومن مصنفاته : كتاب « الحيل » ، توفي ﷺ ببغداد في سنة إحدي وستين ومائتين . راجع ترجمته في : الجواهر المضية (١/٢٣٠ - ٢٣٢) ، الترجمة (١٦٠) ، الفوائد البهية ص٢٩ ، ٣٠ . راجع تفصيل المسألة في : المبسوط ، « كتاب الوكالة » (١٩/١٦) .

(٣) في (م) ، (ع) : [ثبت] .

(٤) في (م) ، (ع) : [لهذا] ، بدون الواو .

(٥) قال ابن قدامة : « إذا حضر رجلان عند الحاكم فأقر أحدهما أن الآخر وكله ثم غاب الموكل وحضر الوكيل فقدم خصمًا لموكله وقال : أنا وكيل فلان ، فأنكر الخصم كونه وكيله ، فإن قلنا : لا يحكم الحاكم بعلمه ، لم تسمع دعواه حتي تقوم البينة بوكالته ، وإن قلنا : يحكم بعلمه ، وكان الحاكم يعرف الموكل بعينه واسمه ونسبه صدقه ومكنه من التصرف ، لأن معرفته كالبينة ، وإن عرفه بعينه دون اسمه ونسبه لم يقبل قوله حتى تقوم البينة عنده بالوكالة ، لأنه يريد تثبيت نسبه عنده بقوله ، فلم يقبل » ، في المغني « كتاب الوكالة » (٥/١٤٧) .

(٦) في (م) ، (ع) : [فإن] .

(٧) في (م) ، (ع) : [ثبوت بدون الباء] .

(٨) في (م) ، (ع) : [إلي] ، مكان : [في] .

(٩) في (م) ، (ع) : [وهو] .

وإن أرادوا بذلك أن الوكالة تثبت [١] بمعني أن القاضي يحكم بها بغير [٢] دعوى ولا خصم ، فهو موضع خلاف . وعندنا : لا يقضي [٣] بها حتى يحضر المدعى عليه [٤] ، فينفذ ذلك الإقرار عليه ، وهذا فرع على امتناع القضاء على الغائب [٥] .

١٥١٥١ - وإن أرادوا [٦] بقولهم : إن الوكالة صارت محكومة بها بنفس الإقرار وسماع الحاكم من غير إنفاذ ، فهذا [٧] ليس بصحيح ؛ لأنه عقد جرى بحضرة الحاكم ، فلا يصير محكومًا به [٨] أو لا يجوز الحكم به بغير [٩] دعوى ، كسائر العقود .

١٥١٥٢ - ولأنه أذن في الخصومة ؛ فلا يحكم [١٠] به الحاكم بغير دعوى ، أصله [١١] : إذا قال : إذا قدم فلان [١٢] ، فقد وكلتك .

[ولأنه توكيل] [١٣] بحضرة القاضي ، فلم يحكم به بغير دعوى ، كتوكيل الولي الفاسق في تزويج وليته .

* * *

(١) في (م) ، (ع) : [ثبت] .
(٢) لفظ : [بغير] ساقط من (م) ، (ع) .
(٣) في (م) : [لا يقتضي] .
(٤) لفظ : [عليه [ساقط من (م) ، (ع) ، و من صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش .
(٥) في (م) ، (ع) : [الغالب] .
(٦) في (م) : [أردوا] .
(٧) في (م) ، (ع) : [الفدا الهذا] ، مكان : إنفاذ فهذا] .
(٨) لفظ : [به] ساقط من (م) ، (ع) .
(٩) في (م) ، (ع) : [لغير] .
(١٠) في (م) ، (ع) : [ولا يحكم] .
(١١) في (م) ، (ع) : [وأصله [بالعطف .
(١٢) في (م) ، (ع) : [على فلان] ، بزيادة : [على] .
(١٣) ما بين المعكوفتين : ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش .

مسألة ٧٥٥

سماع القاضي البينة على الوكالة هل يشترط فيه حضور الخصم ؟

١٥١٥٣ - قال أصحابنا : لا يسمع القاضي البينة على الوكالة إلا بعد حضور الخصم ، فإذا حضر الخصم فادعى [١] أنه وكيل فلان وأن لموكله [٢] على هذا ألفا سمع هذه الدعوى [٣] .

١٥١٥٤ - وقال الشافعي : يسمع القاضي البينة بغير حضور الخصم [٤] ، فإن أحضر خصمًا وادعى عليه ألفًا ، لم يسمع هذه [٥] الدعوى إلا بعد ثبوت الوكالة [٦] .

١٥١٥٥ - وهذا مبني على أصلنا في امتناع القضاء على الغائب [٧] ، وهذا قضاء على الغائب [٨] ، لأنه يثبت له حق المطالبة على الغائب [٩] ، فلا يجوز .

١٥١٥٦ - [ولأنه أقام بينة على إذن ، فلم يسمع من غير خصم ، كالوكالة المعلقة بشرط ، وتوكيل الولي الفاسق بالنكاح] [١٠] .

١٥١٥٧ - ولأنه إقامة بينة بالوكالة من غير خصم ، فصار كتوكيل المرأة بالنكاح .

١٥١٥٨ - احتجوا : بأن من [١١] لم يعتبر رضاه في تثبيت [١٢] الوكالة لم يعتبر

---

(١) في (م) ، (ع) : [فأوحي] . (٢) في (م) : [الموكلة] .

(٣) راجع المسألة في : المبسوط « كتاب الوكالة » (١٩/ ١٠ ، ١١) ، روضة القضاة « كتاب الوكالة » (٦٥٥/٢) ، المسألة (٣٧٠٧) .

(٤) في (م) ، (ع) : [من حضور خصم] ، مكان : [بغير حضور الخصم] .

(٥) في (ع) : [هذا] .

(٦) راجع المسألة في : الأم ، في [الوكالة] (٢٠٧/٣) ، مختصر المزني « كتاب الوكالة » ص١١٠ ، حلية العلماء « كتاب الوكالة » (١٢٢/٥ ، ١٢٣) ، فتح العزيز « كتاب الوكالة » ، « الباب الثاني في حكم الوكالة » ، بذيل المجموع (٥٤/١١ ، ٥٥) ، بداية المجتهد « كتاب الوكالة » ، « الباب الثاني في الأحكام » (٣٢٧/٢) ، الإفصاح « باب الوكالة » (٢٠٨/١) ، المغني « كتاب الوكالة » (١٤٧/٥ ، ١٤٨) .

(٧) في (م) ، (ع) : [القاضي على القضاء] ، مكان : [القضاء على الغائب] .

(٨) في (م) ، (ع) : [غائب] ، بدون [أل] .

(٩) في (م) ، (ع) : [الغالب] .

(١٠) ما بين المعكوفتين : ساقط من (م) ، (ع) .

(١١) في (ع) : [لمن] . (١٢) في (م) ، (ع) : [ثبت] .

حضوره ، كسائر الناس .

١٥١٥٩ - قلنا : الحق يثبت [١] على الغرماء ، وما يثبت [٢] على الإنسان من الحقوق ولا يعتبر [٣] في ثبوته الرضا . وقد تعتبر الخصومة فيما يثبت [٤] على الإنسان ؛ بدلالة أن النكول على اليمين لا يثبت حكمه إلا بعد حضوره .

١٥١٦٠ - ولأن الخصومة إنما يحتاج إليها للطعن وليحتج ، وقد طعن من لا يؤثر رضاه ، فلم يجز أن يعتبر الحضور بالرضا .

١٥١٦١ - قالوا : بأنه تثبت [٥] وكالته فلا يعتبر فيه حضور الموكل عليه . أصله : إذا حضر غريم واحد فحكم عليه بالوكالة ، ثم حضر بقية الغرماء .

١٥١٦٢ - قلنا : إذا حضر واحد من الغرماء [٦] وحكم بمحضر منه ، تثبت [٧] الوكالة على خصمه ، فصار ثبوتها على واحد بالحكم كثبوتها بالإقرار في حق جميع [٨] الناس ، وإذا لم يحضر واحد من الغرماء فقد حصل الحكم ، وليس هناك محكوم عليه لم ينفذ الحكم من غير خصم

* * *

---

(١) في (م) ، (ع) : [ثبت] .

(٢) في (م) ، (ع) : [وما ثبت] .

(٣) في (م) : [ولا تعبر] .

(٤) في (ع) : [ثبت] .

(٥) في (م) ، (ع) : [ثبت] .

(٦) قوله : [من الغرماء [ساقط من (م) ، (ع) .

(٧) في (م) ، (ع) : [ثبت] .

(٨) في (ع) : [الجميع] .


مسألة ٧٥٦

لا ينعزل الوكيل إلا بعلمه وعلم الموكل

١٥١٦٣ – قال أصحابنا : إذا عزل الموكل وكيله لم ينعزل حتى يعلم بالعزل . وإن عزل الوكيل نفسه ، لم ينعزل حتى يعلم موكله بذلك (١) .

١٥١٦٤ – وقال الشافعي : إذا عزل الوكيل نفسه ، انعزل . فإن عزله الموكل فيه وجهان ، أحدهما : ينعزل ، والآخر : لا ينعزل (٢) .

أما الكلام في الوكيل إذا عزله : فلأن العزل نهي ، فلا يثبت حكمه في حقه (٣) إلا بالعلم ، كنهي صاحب الشرع (٤) .

١٥١٦٥ – فإن قيل : نهي صاحب الشريعة يثبت (٥) وإن لم يعلم .

١٥١٦٦ – قلنا : غلط ؛ الدليل عليه : أنه لا يستحق الذم والتوبيخ بالفعل .

١٥١٦٧ – فإن قيل : أمر صاحب الشريعة واجب وخلافه معصية ، والأمر قائم حتى

---

(١) راجع : مختصر الطحاوي « كتاب الوكالة » ص١٠٩ ، المبسوط « كتاب الوكالة » (١٥/١٩ ، ١٦) ، روضة القضاة « كتاب الوكالة » (٦٦١/٢ ، ٦٦٢) ، الحديث (٣٧٤٨) ، تحفة الفقهاء « كتاب الوكالة » (٢٣٠/٣) ، بدائع الصنائع « كتاب الوكالة » ، « فصل : وأما بيان به الوكيل عن الوكالة » (٣٧/٦) تكملة فتح القدير مع الهداية « باب عزل الوكيل » (١٣٧/٨ - ١٤٠) ، البناية مع الهداية « باب عزل الوكيل » (٣٧٥/٨ - ٣٧٧) ، مجمع الأنهر « باب عزل الوكيل » (٢٣٧/٢) ، حاشية ابن عابدين « باب عزل الوكيل » (٤٣٤/٤) .

(٢) انظر المهذب مع تكملة المجموع « كتاب الوكالة » (١٥٤/١٤ - ١٥٦) ، حلية العلماء « كتاب الوكالة » (١٥٤/٥ ، ١٥٥ ، ١٥٦) ، فتح العزيز مع الوجيز ، الباب السابق (٦٦/١١ - ٦٨) ، مغني المحتاج « كتاب الوكالة » (٢٣١/٢) ، البناية (٣٧٧/٨) ، الكافي لابن عبد البر « باب ما تنعقد به الوكالة وتصرف الوكيل » (٧٨/٢) ، تبصرة الحكام « فصل : الوكالة جائزة بعوض أو بغير عوض » (١٢٦/١) ، شرح الزرقاني « باب صحة الوكالة » (٩١/٦) ، قوانين الأحكام الشرعية « الباب الثامن في الوكالة » ص٣٤٠ ، البهجة في شرح التحفة « باب الوكالة » (٢١١/١) ، المسائل الفقهية « كتاب الشركة والمضاربة والوكالة (٣٩٥/١) ، المسألة (١٢) ، الإفصاح « باب الوكالة » (٢٠٧/٢) ، المغني « كتاب الوكالة » (١٢٣/٥ ، ١٢٤) ، الكافي لابن قدامة « كتاب الوكالة » (٢٥١/٢) ، الإنصاف « باب الوكالة » (٣٧٢/٥) .

(٣) قوله : [في حقه] ساقط من صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش .

(٤) في (م) ، (ع) : [صاحب الشريعة] . (٥) في (ع) : [ثبت] .

يعلم النهي ، ومخالفة أمر الوكيل ليس بمعصية ، فلذلك يثبت [1] النهي قبل العلم .

١٥١٦٨ - قلنا : نسخ المندوب لا يثبت إلا بعد العلم وإن كان لا يقضي بتركه ، ثم هذا ليس بصحيح ، لأن أمر [2] الموكل غير واجب ، إلا أنه يفسد جواز التصرف ، والعزل يقتضي حظر ذلك ، فهو كالأمر الذي أفاد الوجوب ، والنهي يقتضي حظر ذلك الفعل .

١٥١٦٩ - ولأنه عقد فلا ينفسخ بلفظ الفسخ من غير علم [3] ، كسائر العقود .

١٥١٧٠ - ولا يلزم : الطلاق ؛ لأنه ليس بفسخ .

ولأن التصرف موجب الوكالة ، فلم يملك بغيره [4] ، كالفسخ من غير علم الوكيل .[5] .

ولأنه باع ما وكله ببيعه مع بقاء الموكل فيه من غير علم ، وصحته الترك [6] ممن يعزل ؛ فجاز بيعه ، كما لو لم يعزله [7] .

١٥١٧١ - ولأنه نهي عن تصرف استفاده ؛ فوجب أن لا يلزمه من غير علم ، أصله : عزل المودَع عن إمساك الوديعة .

١٥١٧٢ - ولأنه نهي يوجب [8] الضمان عليه بالتصرف فيما كان مؤتمنًا فيه ؛ فوجب أن لا يلزمه من غير علمه [9] ، كالوديعة .

١٥١٧٣ - فإن قيل : المودع يستفيد بالوديعة ، الحفظ والاستئمان ، ولا يستفيد [10] التصرف ، والعزل يقع في التصرف ، وذلك غير موجود في الوديعة ، فكيف يقاس عليها ؟ .

١٥١٧٤ - قلنا : الوديعة تتضمن [11] التصرف ، كالوكالة ؛ بدلالة : أن نقل [12]

---

(١) في (م) ، (ع) : [ثبت] . (٢) لفظ : [أمر] ساقط من (م) ، (ع) .
(٣) في (ع) : [حكم] ، مكان : [علم] . (٤) في (م) ، (ع) : [لغيره] .
(٥) في (ص) : [وصحه نرل [بدون نقط ، لعل الصواب ما أثبتناه .
(٦) في النسخ جميعها زيادة : « كالإمساك وكونه أمانة » بعد عبارة : كالفسخ من غير علم الوكيل » .
(٧) في (م) ، (ع) : [كما لو يعزله] ، بدون : [لم] .
(٨) في (م) ، (ع) : [موجب] . (٩) في (م) ، (ع) : [عله] .
(١٠) في (م) ، (ع) : [ولا يفسد] .
(١١) في (م) ، (ع) : [قوله الوديعة يتضمن] من زيادة : [قوله] .
(١٢) في (م) : [يقل] .

الوديعة من مكان إلى مكان تصرف فيها ، والعزل يقتضي قطع ذلك ، كما يقتضي قطع التصرف الذي هو البيع .

١٥١٧٥ - قالوا : الوديعة لا تنفسخ [١] بالعزل ؛ بدلالة : أنهما لو اجتمعا فقال : عزلتك ، لم يبطل الائتمان حتى لو هلكت قبل الرد لم يضمنها ، كذلك لا ينعزل مع الغيبة ؛ والوكالة تنفسخ بالقول إذا [٢] اجتمعا ، وإذا لم يفتقر إلى الرضا لم يفتقر إلى الحضور .

١٥١٧٦ - قلنا : إذا عزله عن الوديعة انقطع بعزله تصرفه حتى لا يجوز له [٣] نقلها ، فزال حكم الائتمان بالعقد وبقيت [٤] أمانته بمعنى آخر ، وهو أن العين متى حصلت في يده لا على وجه التعدي والتمليك كانت أمانة ، فكذلك الوكالة إذا عزله في وجهه انقطع تصرفه وزال الائتمان بالوكالة وبقي حكم الأمانة بالمعنى الذي [٥] ذكرنا ، ولا فرق بينهما [٦] .

١٥١٧٧ - وأما الكلام إذا عزل الوكيل نفسه : فلأن العقد يتعلق بهما ، فلما لم يملك أحدهما العزل من غير علم [٧] صاحبه ، فكذلك الآخر .

١٥١٧٨ - ولأن العقد تم بينهما ولا يملك أحدهما فسخه من غير [٨] علم الآخر ، كالبيع .

ولا يلزم : الطلاق ، لأنه ليس بفسخ .

١٥١٧٩ - ولا يلزم : إذا باع الموكل ما وكله فيه ، لأنه لم ينعزل عندنا ، وإنما تعذر البيع ولهذا لو رد المبيع [٩] عليه بعيب بقضاء ، جاز للوكيل بيعه .

١٥١٨٠ - ولأنه التزم أمانة في حق غيره ، فلم يملك فسخ ذلك بغير علم صاحبه ، كالمودع إذا عزل نفسه عن حفظ الوديعة .

---

(١) في (م) : [لا ينفسخ] .

(٢) في : [ينفسح] ، مكان : [تنفسخ] ، وفي (م) : إنما ، مكان : [إذا] .

(٣) لفظ : [له [ساقط من صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش .

(٤) في (م) ، (ع) : [ويبقيه] .

(٥) في (ع) : [بالذي] ، مكان : [بالمعني الذي] .

(٦) قوله : [ولا فرق بينهما] ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش .

(٧) في (ص) : [علم بغير بالتقديم والتأخير] .

(٨) في (م) ، (ع) : [فلأن] .

(٩) في (م) : التعاقدين] .

١٥١٨١ - ولأنه لو وكله بشراء عبد بعينه لم يملك الوكيل أن يبتاعه لنفسه ، ولو ملك العزل ملك الابتياع ويكون ذلك عزلًا عن الوكالة .

١٥١٨٢ - احتجوا : بأنه قطع عقد ؛ فوجب أن لا يفتقر إلى حضور من لا يفتقر إلى رضاه ، كالطلاق .

١٥١٨٣ - قلنا : يبطل بالعزل عن حفظ الوديعة [على ما قررنا .

١٥١٨٤ - ولأن الطلاق إسقاط لحق الزوج عما ملكه بالعقد] [1] ، كعتاق العبد وإتلاف المبيع . فأما في مسألتنا : فالوكيل يسقط حق موكله الذي التزمه ، فصار كعزله نفسه عن الوديعة .

١٥١٨٥ - قالوا : معنى تنفسخ به الوكالة ؛ فوجب أن لا يفتقر إلى علم الوكيل ، كموت الموكل ، كما لو باع ما وكل [2] ببيعه .

١٥١٨٦ - قلنا : الموت عزل من طريق الحكم ، وفي مسألتنا : عزل بالفسخ ، وحكمهما [3] يختلف ؛ بدلالة : أن فسخ البيع بهلاك المبيع لا يقف على الرضا والعلم ، والفسخ بالإقالة يقف على ذلك ، وإذا باع الموكل ما وكل [4] ببيعه ، فلم ينعزل الوكيل عندنا ، وإنما تعذر التصرف لخروج المبيع من [5] ملك موكله ، ولو [6] عاد المبيع إليه بحكم الملك الأول ، جاز لوكيله بيعه ، ولو كان انعزل لم يملك البيع إلا بوكالة مجددة .

* * *

---

(١) ما بين المعكوفتين : ساقط من صلب (ص) ، واستدركه في الهامش .

(٢) في (م) ، (ع) : [ما يوكل] .

(٣) في (م) ، (ع) : [وحكمها] .

(٤) في (م) ، (ع) : [ما وكله] .

(٥) في (م) ، (ع) : [عن] .

(٦) قوله : [ولو] مكرر في (ص) .


مسألة ٧٥٧

إقرار الوكيل على موكله

١٥١٨٧ - قال أصحابنا : إقرار الوكيل على موكله جائز ، وذكر في باب الصلح من كتاب الوكالة : أن التوكيل بالإقرار جائز (١) .

١٥١٨٨ - وقال الشافعي : إذا أقر على موكله ، لم يلزمه إقراره .

١٥١٨٩ - و [اختلف أصحابه في التوكيل بالإقرار ، فقال ابن سريج] (٢) : لا يصح التوكيل بأن يقر عنه ، ومنهم من قال : يصح التوكيل ، وهو ظاهر مذهبه .

١٥١٩٠ - وهل يكون التوكيل بالإقرار إقرارًا ؟ قال ابن سريج : لا يكون إقرارًا (٣) ، ومنهم من قال : الأمر بالإقرار والتوكيل به إقرار (٤) .

---

(١) قال القدوري في مختصره ص٥٥ ، ٥٦ : « وإذا أقر الوكيل بالخصومة على موكله عند القاضي ، جاز إقراره ، ولا يجوز إقراره عليه عند غير القاضي عند أبي حنيفة ومحمد ، إلا أنه يخرج من الخصومة » . راجع تفصيل المسألة في : الجامع الصغير « باب الوكالة بقبض مال أو عبد » ص٤٠٦ ، روضة القضاة « كتاب الوكالة » (٦٣٩/٢ ، ٦٤٧) ، المسألة (٣٥٦٦ ، ٣١٤٢) ، تحفة الفقهاء « كتاب الوكالة » (٢٢٩/٣) ، طريقة الخلاف في الفقة « كتاب الوكالة » ص٤١٣ ، ٤١٤ ، المسألة (١٦٩) ، بدائع الصنائع « كتاب الوكالة » ، « فصل : وأما الشرائط » ، و « فصل : وأما بيان حكم التوكيل » (٢٢/٦ ، ٢٤) ، البناية مع الهداية « باب الوكالة بالخصومة والقبض » (٣٦٠/٨ - ٣٦٥) ، تكملة فتح القدير مع الهداية « باب الوكالة بالخصومة والقبض » (١١٣/٨ - ١٢٣) ، مجمع الأنهر « باب الوكالة بالخصومة والقبض » (٢٣٣/٢ ، ٢٣٤) حاشية ابن عابدين (٤٣٠/٤) .

(٢) ما بين المعكوفتين : مكرر في (م) .

(٣) في (م) : [إقرار] .

(٤) راجع المسألة في : الأم ، في « الوكالة » (٢٠٧/٣) ، الأم « كتاب الوكالة » ص١١٠ ، المهذب مع تكملة المجموع الثانية « كتاب الوكالة » (١١٤/١٤ ، ١١٥) ، حلية العلماء « كتاب الوكالة » (١١٤/٥ ، ١٢١) ، فتح العزيز مع الوجيز « كتاب الوكالة » ، المجموع (٦/١١ ، ٨) ، مغني المحتاج « كتاب الوكالة » (٢٢١/٢) ، الكافي لابن عبد البر ، الباب (٧٨٧/٢ ، ٧٨٨) ، بداية المجتهد « كتاب الوكالة » ، « الباب الأول في أركانها » (٣٢٦/٢) ، قوانين الأحكام الشرعية ، الباب السابق ص٣٣٩ ، ٣٤٠ ، تبصرة الحكام « الفصل السادس في حكم الوكالة في الدعوى » (١٢٣/١ ، ١٢٥) ، العقد المنظم للحكام ، بهامش تبصرة الحكام (٢٣٧/٢) ، شرح الزرقاني وبهامشه حاشيه البناني ، الباب السابق (٧٤/٦ ، ٧٥) . الإفصاح « باب الوكالة » (٢٠٨/١) ، المغني « كتاب الوكالة » (٩٠/٥ ، ٩٩ ، ١٠٠) ، الكافي لابن قدامه « كتاب الوكالة » (٢٤٠/٢ ، ٢٤٣) ، الإنصاف « باب الوكالة » (٣٥٧/٥ ، ٣٩٣) .

١٥١٩١ – لنا : أنه يملك الخصومة فيما يقبل البراءة [١] ، فملك الإقرار باستيفاء غيره كالموكل إذا أقر باستيفاء الوكيل ، والوكيل إذا جعل إليه أن يوكل .

ولا يلزم : إذا استثني لأنا عللنا للجواز .

١٥١٩٢ – ولا يلزم : الأب ، والوصي ، لأن مال الصبي لا تثبت به [٢] البراءة .

ولا يلزم : الوكيل بإثبات القصاص ، وحد القذف ، لأنه يملك الإقرار باستيفاء غيره .

١٥١٩٣ – قالوا : المعنى في الموكل : أن إقراره يجوز بحضرة الحاكم وبغير حضرته ، ولما كان الوكيل لا يجوز / إقراره بغير حضرة الحاكم لم يجز بحضرته . ١٧٤/ب

١٥١٩٤ – قلنا : الوكيل يقر في الحالة التي [وكل فيها ، وهو إنما وكل في الخصومة ، والخصومة تختص بحضرة الحاكم في الحالة التي] [٣] فيها مما في يده ، فأقر في غيرها .

١٥١٩٥ – ولأنه أحد جوابي [٤] الدعوى ؛ فوجب أن يملك وكيل الخصم بإطلاق الوكيل بالخصومة كالإنكار .

١٥١٩٦ – قالوا : جواب الدعوى الإنكار خاصة .

١٥١٩٧ – قلنا : القاضي يقول للمدعى عليه : إما أن تقر [٥] أو تحلف ، ويعظه [٦] حتى يقر ، فدل على أن ذلك أحد الجوابين .

١٥١٩٨ – ولا يلزم : وكيل القاتل والقاذف ؛ لأنه يملك الإقرار ، إلا أن إقراره لا يستوفي به الحد والقصاص ، لأنه قائم مقام إقرار الموكل ، كالحد والقصاص لا يستوفيان بما قام مقام الغير ، كالكتابات [٧] ، وشهادة النساء مع الرجال ، لأنها قائمة مقام شهادة الرجال .

١٥١٩٩ – ولا يلزم : إذا أقر في غير مجلس القاضي ، لأن بالوكالة ملك الإقرار ، كما ملك الإنكار ، ثم إنكاره يختص بمجلس الحاكم [٨] ، كذلك إقراره .

١٥٢٠٠ – ولا يلزم : إذا استثنى ؛ لأن الوكالة ليست بمطلقة ، ولا يمكن القول

---

(١) في سائر النسخ : [المراءة] ، لعل الصواب ما أثبتناه .

(٢) في (م) ، (ع) : [فيه] ، مكان : [به] .

(٣) ما بين المعكوفتين : ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش

(٤) في (م) ، (ع) : [جواب] .

(٥) في (م) : [يقر] .

(٦) في (م) ، (ع) : [ويقظه] .

(٧) في (م) ، (ع) : [كالكنايات] .

(٨) في (م) ، (ع) : [القاضي] ، مكان : [الحاكم] .

بموجبها إذا وكله بالإقرار ، لأن ذلك ليس بإطلاق (١) للوكالة بالخصومة .

١٥٢٠١ – ولأن التعليل للوجوب ؛ ولا يلزم : وكيل الأب ، والوصي ، لأنا قلنا : وكيل المدعى عليه .

١٥٢٠٢ – فإن قيل : الإنكار موافق للتوكيل بالخصومة ، والإقرار مخالف لها .

١٥٢٠٣ – قلنا : إن لكل واحد منهما مقتضاه ، بدلالة : أنه يوكله ليخاصم بالحق لا بالباطل والمخاصم بالحق إذا عرف الحق (٢) أقرَّ به .

١٥٢٠٤ – فإن قيل : نقلب العلة فنقول : فوجب أن يملك الموكل إبطاله ، كالإنكار .

١٥٢٠٥ – قلنا : عندكم الإقرار لم يصح .

ولا يقال : إن الموكل يبطله ، بل هو باطل بنفسه .

١٥٢٠٦ – ولأن الموكل لو أنكر ملك الرجوع (٣) عن ذلك بالإقرار ، كذلك إذا أنكر وكيله ، ولو أقر الموكل لم يملك إبطال إقراره بالرجوع ، كذلك لا يملك إبطال إقراره .

١٥٢٠٧ – ولأنه قبض يسقط به حق الموكل ، فجاز أن يملك الوكيل الإقرار به بإطلاق الوكالة . أصله : إذا أقر بقبض نفسه .

١٥٢٠٨ – فإن قيل : الوكيل بالخصومة لا يملك القبض والإقرار به .

١٥٢٠٩ – قالوا : والوكيل بالبيع إذا أقر أن (٤) موكله قبض الثمن ، لم يقبل (٥) إقراره ، وإن قال : قبضت أنا الثمن فهلك ، ففيه وجهان (٦) .

١٥٢١٠ – قلنا : أصل العلة : الوكيل بالخصومة والقبض هل (٧) يملك الإقرار بالقبض بلا خلاف ؟ لأن من ملك الاستيفاء ملك الإقرار بقبض غيره ، كالمالك .

ولا يلزم : الأب ، والوصي ؛ لأنهما يملكان الإقرار بقبض وكيلهما .

---

(١) في (م) ، (ع) : [بإقرار] ، مكان : [بإطلاق] .

(٢) في (م) ، (ع) : [اعترف] ، مكان : [عرف] ، وفي (ع) : [بالحق] ، بزيادة الباء .

(٣) في (م) : [بطل ملك الرجوع] ، بزيادة [بطل] .

(٤) لفظ : [أن] ساقط من (م) ، (ع) .

(٥) لفظ : [يقبل] ساقط من صلب (ص) ، واستدركه في الهامش .

(٦) في (م) ، (ع) : [قولان] ، مكان : [وجهان] ، وكذا في هامش (ص) من نسخة أخرى .

(٧) في (م) ، (ع) : [وهل] بالواو .

١٥٢١١ – قالوا : فنقول [١] بموجبه : إن الوكيل يملك الإقرار بقبض موكله .

١٥٢١٢ – قلنا : التعليل للوكالة المطلقة التي لم يجعل فيها أن يوكل .

١٥٢١٣ – ولأن الوكيل إذا أقر باستيفاء نفسه قبل إقراره ، فملك أن يقر باستيفاء من يملك الاستيفاء في الحال ، كالموكل .

١٥٢١٤ – ولا يلزم : الأب [٢] ، لأن الأب لا يملك الاستيفاء في الحال .

١٥٢١٥ – احتجوا : بأنه معنى يقطع الخصومة ، فإذا لم يملكه الوكيل في غير مجلس الحكم ، لم يملك في مجلس الحكم ، كالإبراء ، وعكسه : القصاص .

١٥٢١٦ – قلنا : يملكه بإقامة البينة ، لأنه معنى يقطع الخصومة يملكه الوكيل في مجلس الحكم ، ولا يملكه في غير ذلك .

١٥٢١٧ – ولأنه يملك الإقرار عندنا في الحالتين ، إلا أن إقراره في غير مجلس القاضي لم يعتد بإنكاره حتى يسأله [٣] القاضي فينكر بحضرته .

ولأن البراءة تبرع وإسقاط ، فلا يملكها في حق غيره ، ومتى أقر بإبراء موكله ؛ لأن ذلك ليس بتبرع [٤] منه ، وإنما أقر بالبراءة على من يملكها ، وأما القبض فهو يملكه ، فجاز إقراره به ، وجاز إقراره بقبض موكله ، لأنه يملك القبض أيضًا .

١٥٢١٨ – قالوا : لا يصح إقراره في غير مجلس الحكم ؛ فوجب أن لا يصح في مجلس الحكم ، [كما لو نهاه عن الإقرار .

١٥٢١٩ – قلنا : الموكل أقامه مقام نفسه في الخصومة ، وذلك يختص بمجلس الحكم] [٥] ، وأما المنازعة في غير مجلسه فهي لغو ، ولهذا [٦] لا يلزم الخصم الجواب عنها ، ولو حلف لم يعتد بيمينه ولم تسقط [٧] الخصومة بها ، ومتى أقر في حال لم يقمه مقام نفسه ، فهنا لم ينفذ إقراره عليه ؛ ثم أصلهم إذا استثنى ؛ والمعنى فيه : أنه

---

(١) في (م) ، (ع) : [قال] ، مكان : [قالوا] ، وفي (م) : [فيقول] ، مكان : [فنقول] .

(٢) في (م) ، (ع) : [الوصي] ، مكان : [الأب] .

(٣) في (م) ، (ع) : [يسلمه] .

(٤) في جميع النسخ : [تبرع] ، والصواب ما أثبتناه بزيادة الباء ، أو يكون تصويبه : [تبرعًا] .

(٥) ما بين المعكوفتين : ساقط من صلب (ص) ، واستدركه في الهامش .

(٦) في (م) ، (ع) : [فهو لغو وهذا] ، مكان المثبت .

(٧) في (م) : [ولم يسقط] .

خص الوكالة ، فزال إطلاقها بالتخصيص ، كما لو قال : وكلتك بالخصومة ولم أجعل إليك الاستحلاف ولا إقامة البينة ، لم يملكه [١] الوكيل ، وإن كان يملكه بإطلاق الوكالة .

١٥٢٢٠ – قالوا : وكيل في خصومة مجردة أقر على موكله فيها ، فوجب أن لا يصح إقراره . أصله : إذا ادعي رجل على موكله القصاص أو حد القذف ، فأقر له بذلك .

١٥٢٢١ – قلنا : إذا أقر الوكيل قام إقراره مقام موكله ، والأموال تثبت [٢] بما قام مقام الغير . وإقرار الوكيل يقوم مقام [٣] إقرار موكله فلا يحكم به ، كما لا يحكم بشهادة النساء والكتابة [٤] القائمة مقام الصريح .

١٥٢٢٢ – قالوا : شهادة النساء لا يقضى بها في الحدود لضعفها ، لا [٥] لأنها تقوم[٦] مقام الغير ، بدلالة : أنها تقبل مع القدرة على شهادة الرجال .

١٥٢٢٣ – قلنا : ما قام مقام الغير يجوز مع القدرة على أصله ، كمسح الخفين .

١٥٢٢٤ – فقالوا : من لا يصح يمينه لا يصح إقراره ، كالوصي [٧] .

١٥٢٢٥ – قلنا : الوصي تصرفه يختص بمصلحة الصبي والتصرف في ماله بالأصلح والأحسن ، وليس الإقرار في مصلحته ، والوكيل تصرفه في الخصومة عام ، كموكله [٨] ولا الوصي في التصرف ينوب [٩] عما لا يثبت إقراره وهو الصبي ، فلم يجز [١٠] إقرار النائب عنه ، والوكيل نائب عمن يجوز إقراره ، فملك الإقرار بمطلق وكالته .

١٥٢٢٦ – فإن قيل : الوصي يقوم مقام من لا يملك الإقرار ويجوز إقراره .

١٥٢٢٧ – قلنا : في التصرف في ماله ضرورة ؛ لأنه يستضر [١١] بتأخير التصرف

---

(١) في (م) ، (ع) : [لم يملك] ، بدون الباء .

(٢) في (ع) : [الأحوال] ، مكان : [الأموال] ، وفي (م) : [ثبت] ، مكان : [تثبت] .

(٣) لفظ : [مقام] ساقط من (م) ، ومن صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش .

(٤) في (ع) : [والكتابة] .

(٥) لفظ : [لا] ساقط من (م) ، (ع) .

(٦) في (ص) : [لا تقوم] ، بزيادة : [لا] .

(٧) قاعدة : « من لا يصح يمينه لا يصح إقراره كالوصي » .

(٨) في (م) ، (ع) : [لموكله] .

(٩) في (م) ، (ع) : [ثبوت] .

(١٠) في (م) ، (ع) : [ولم يجز] .

(١١) في (م) ، (ع) : [لا ستضر] ، مكان : [لأنه يستضر] .

إلى البلوغ ؛ فلذلك جوزنا له التصرف ، وتأخير الإقرار إلى حين بلوغه لا ضرر عليه فيه وفي تعجيله ضرر ، فلذلك لم يملكه الوصي عليه .

١٥٢٢٨ - قالوا : التوكيل بالخصومة أمر بإقامة الخصومة ، والنيابة والامتناع من قطعها ، وفي الإقرار على موكله قطع لها ، ولا يكون [١] التوكيل في الشيء توكيلًا [٢] في ضده ، ولهذا لا يملك الوكيل بالخصومة الإبراء والصلح .

١٥٢٢٩ - قلنا : هو وكيل بالخصومة والجواب بالحق دون الباطل ؛ لأن الوكالة لو تناولت الخصومة بالباطل لكانت باطلة ، إذ كل أمر ينعقد على الباطل باطل ، وإذا انضم [٣] بالوكالة الأمر بالنيابة عنه ، وقد يكون الحق الإنكار ، وقد يكون الإقرار ، والخصومة تشتمل [٤] عليهما ، [بدلالة : أن القاضي يستدعي من الخَصْم أحدَ الأمرين ، إما الإقرار أو الإنكار .

١٥٢٣٠ - وليس هذا كالصلح والإبراء ، لأن الخصومة لا تتناوله] [٥] ، بدلالة : أن القاضي لا يستدعي الناس إلى ذلك ولا يطالبهم به [٦] ولا يحثهم عليه ، وإذا لم تشمل [٧] الوكالة بالخصومة ، لم يملكه الوكيل .

* * *

---

(١) في (م) ، (ع) : [فلا يكون] .
(٢) في (ص) ، (م) : [توكيل] .
(٣) في جميع النسخ : [انضمت] ، والصواب ما أثبتناه .
(٤) في (م) ، (ع) : [يشتمل] .
(٥) ما بين المعكوفتين : ساقط من (ع) ، وفي (م) : [لا يتناوله] ، مكان : [لا تتناوله] .
(٦) لفظ : [به] ساقط من (م) ، (ع) .
(٧) في (م) ، (ع) : [لم تشتمل] .



استيفاء حد القذف والقصاص مع غيبة الموكل

١٥٢٣١ – قال أصحابنا : لا يجوز استيفاء حد [١] القذف والقصاص مع غيبة الموكل [٢] .

١٥٢٣٢ – وقال الشافعي في « الوكالة » ما يدل على : أنه لا يجوز ، وقال في « الحدود » [٣] : يجوز .

١٥٢٣٣ – واختلف أصحابه ، فقال المروزي [٤] : يجوز قولًا واحدًا ، وما قال في الوكالة استحباب ، ومنهم من قال : هي على قولين [٥] .

١٥٢٣٤ – لنا : أنه يستوفي القصاص مع تجوز العفو للظاهر ، فلم يجز ، أصله : إذا [٦]

(١) لفظ : [استيفاء] ساقط من (م) ، (ع) ، وفي (ص) : [الحد] .

(٢) راجع تفصيل المسألة في : مختصر الطحاوي « كتاب الوكالة » ص١٠٩ ، المبسوط « كتاب الوكالة » (٩/١٩) ، روضة القضاة « كتاب الوكالة » (٦٣٧/٢) ، المسألة (٣٥٨٦) ، تحفة الفقهاء « كتاب الوكالة » (٢٢٨/٣) ، بدائع الصنائع « كتاب الوكالة » ، « فصل : وأما الشرائط » (٢١/٦ ، ٢٢) ، البناية مع الهداية « كتاب الوكالة » (٢٦٦/٨ ، ٢٦٧) ، تكملة فتح القدير مع الهداية « كتاب الوكالة » (٧/٨) ، مجمع الأنهر « كتاب الوكالة » (٢١٣/٢) .

(٣) في (م) ، (ع) : [الجديد] ، مكان : [الحدود] .

(٤) هو إبراهيم بن أحمد ، أبو إسحاق المروزي ، شيخ الشافعية ، ذو التصانيف ، انتهت إليه رئاسة مذهب الشافعي ببغداد ، انتقل في آخر عمره إلى مصر ، فمات فيها سنة أربعين وثلاثمائة ، ودفن عند ضريح الشافعي رحمهما الله . راجع ترجمته في : سير أعلام النبلاء (٤٢٩/١٥ ، ٤٣٠) ، الترجمة (٢٤٠) ، طبقات الشافعية (١٩٧/٢ ، ١٩٨) ، الترجمة (١٠١٥) ، شذرات الذهب (٣٥٥/٢ ، ٣٥٦) .

(٥) راجع تفصيل المسألة في : الأم ، في [الوكالة] (٢٠٧/٣) ، (ط . بولاق) ، وفي « كتاب جراح العمد » من الأم ، في « تعدي الوكيل والولي في القتل » (٢١/٦) ، (ط . دار المعرفة) ، مختصر المزني « كتاب الوكالة » ص١١٠ ، المهذب مع تكملة المجموع الثانية « كتاب الوكالة » (٩٨/١٤ – ١٠١) ، النكت في « مسائل الوكالة » ورقة (١٦٤) ، حلية العلماء « كتاب الوكالة » (١١٣/٥ ، ١١٤) ، فتح العزيز « كتاب الوكالة » بذيل المجموع (٩/١١ ، ١٠) ، مغني المحتاج « كتاب الوكالة » (٢٢١/٢) ، نهاية المحتاج « كتاب الوكالة » (٢٥/٥) . وقال مالك ، وأحمد في أظهر الروايتين عنه : مثل أحد قولي الشافعي ، يصح استيفاء القصاص وحد القذف في غيبة الموكل ، وقال أحمد في رواية أخرى : مثل قول الحنفية ، لا يصح استيفاؤهما في غيبته ، قال ابن رشد في بداية المجتهد : « وتجوز الوكالة على استيفاء العقوبات عند مالك » . راجع المسألة في : بداية المجتهد ، الباب السابق (٣٢٦/٢) ، الإفصاح « باب الوكالة » (٢٠٨/٢) ، المغني « كتاب الوكالة » (٨٩/٥ ، ٩٢) ، الكافي لابن قدامة « كتاب الوكالة » (٢٤٠/٢) ، الإنصاف « باب الوكالة » (٣٦١/٥) .

(٦) لفظ : [إذا] ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

أخبره بالعفو فاسق .

١٥٢٣٥ - ولا يلزم : إذا كان حاضرًا ؛ لأن ليس هناك عفو ظاهر [١] ، ولو أظهر العفو شاهده ، يبين [٢] ذلك : أن الحدود يعتبر فيها الاحتياط ، لأنها لا تستدرك [٣] بعد الاستيفاء ، والظاهر أن الولى يرق فيعفو ، وهو مندوب إلي العفو [٤] ، ولو استوفى الوكيل مع غيبة الموكل استوفى مع شبهة ظاهرة ، وهذا لا يجوز .

١٥٢٣٦ - فإن قيل : صحت إذا شهد الشهود ثم غابوا [٥] أن يستوفي الحد لجواز أن يكونوا رجعوا في القصاص ، ولم يسقط في أحد الروايتين ، والتجويز مع غيبتهما مؤثر [٦] .

١٥٢٣٧ - ولا يلزم : إذا اقتص [٧] مع غيبة الإمام وقد اجتهد في إيجاب الحد ، ويجوز أن يكون بغير اجتهاد [٨] ؛ لأنا لا نعرف [٩] هذه المسألة ولا نغير الاجتهاد مع الحكم بالحد ، وإنما يؤثر إذا أمضى الاجتهاد الثاني .

١٥٢٣٨ - ولا يجوز أن يمضي ذلك وهو لا يقدر على المنع من الحد ، لأنه لا فائدة فيه إلا إيجاب [١٠] الضمان على من أقام مقامه في الحد .

١٥٢٣٩ - ولا يلزم : من غاب عن المدينة في زمن رسول الله ﷺ ، وقد ولاهم الحكم يستوفون الحد [١١] مع تجوز الفسخ ، لأنه ليس هناك أمارة ظاهرة تدل على العفو ، وهو الندب إلى ذلك .

١٥٢٤٠ - ولأن الفسخ لا يسقط الحد في حق من لم يبلغ ، والعفو يسقط القصاص باتفاق وإن [١٢] لم يبلغ الوكيل .

١٥٢٤١ - ولأنه استوفي القصاص لغائب لا ولاية له عليه ؛ فصار كما لو قال : إن وجب لي قصاص فاستوفه .

١٥٢٤٢ - ولأنها حالة لا يجوز لوكيل [١٣] الإنسان أن يستوفي القصاص لابنه الصغير ، فلم يجز للوكيل أن يستوفيه لموكله ، كما لو [١٤] أقر الوكيل بالعفو .

---

(١) في (ع) : [عفوًا ظاهرًا] .
(٢) في (ع) : [تبين] .
(٣) في (ع) : [لا تدرك] .
(٤) في (م) : [العفر] .
(٥) في سائر النسخ : [عابوا] .
(٦) في (ع) : [يؤثر] .
(٧) في (م) ، (ع) : [إذا أقبض] .
(٨) في (م) ، (ع) : [اجتهاده] .
(٩) في (م) ، (ع) : [نعرف] ، بدون : [لا] .
(١٠) في (م) ، (ع) : [الإيجاب] .
(١١) في (م) ، (ع) : [الحدود] .
(١٢) في (م) ، (ع) : [فإن] .
(١٣) في (م) ، (ع) : [توكيل] .
(١٤) لفظ : [لو] ساقط من (م) ، (ع) .

١٥٢٤٣ – ولأنه توكيل باستيفاء القصاص [١] ، فصار كتوكيله الصبي .

١٥٢٤٤ – احتجوا : بأنه حق تدخله النيابة ؛ فجاز أن يوكل باستيفائه مع غيبته ، كالدين .

١٥٢٤٥ – قلنا : الديون لا تسقط بالشُّبَه ويمكن استدراكها ، وأكثر [٢] الأحوال أن يكون صاحب الدين قد أبرأ فيستوفي مع [٣] الشبهة ، وهذا لا يمنع الاستيفاء ، والقصاص لا يستدرك بعد تناوله ، والشبهة تؤثر [٤] فيه ، فلم يجز الاستيفاء مع الشبهة .

١٥٢٤٦ – قالوا : كل ما صحت النيابة فيه بمحضر من الموكل / فكذلك مع غيبته ، ١٧٥/أ كاستيفاء القصاص [٥] .

١٥٢٤٧ – قلنا : النيابة مع حضور الموكل تدعو [٦] إليه الضرورة ، لأنه ليس كل أحد يحسن استيفاء ذلك ، فلو لم يجز له أن يستنيب [٧] بطل حقه ، ولا ضرورة في التوكيل مع الغيبة . فأما الإثبات : فلا شبهة فيه ؛ لأنه ليس فيه معنى العقوبة ، وإنما تحصل العقوبة [٨] بالاستيفاء . وإذا ثبت القصاص ولم يستوفه [٩] إلا مع حضور الموكل أو يقع التجويز بحضوره ، وقد نص أصحابنا هذه العلة بتسليم ثمن الصرف يجوز التوكيل والنيابة [١٠] فيه مع حضور الموكل ، ولا يجوز مع غيبته .

١٥٢٤٨ – قالوا : هناك بطل الحق بالإقرار ؛ فلم يبق ما يثبت فيه [١١] النيابة .

١٥٢٤٩ – قلنا : لو تعاقدا فسلم الوكيل إلى وكيل العاقد الآخر ، جاز [١٢] ، فلو قام العاقدان من المجلس ولم يفترقا لم يجز لأحد الوكيلين أن يدفع الثمن إلى الآخر لغيبة الموكلين وإن كان العقد لم يبطل والدين لم يسقط ، ومنهم من احترز فقال : كل حق جاز للوكيل دفع ثمن الصرف مع غيبة الموكل جاز مع حضوره وإن كان الحق باقيًا على ما قدمناه .

* * *

---

(١) ما بين المعكوفتين : ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٢) في (ص) : [وأكبر] .

(٣) في (م) ، (ع) : [بيع] ، مكان : [مع] .

(٤) في (م) : [يؤثر] ، والشبه : جمع الشبهة .

(٥) قاعدة : « كل ما صحت النيابة فيه بمحضر من الموكل فكذلك في غيبته كاستيفاء القصاص » .

(٦) في (م) : [يدعو] .

(٧) في (م) ، (ع) : [أن يستلب] .

(٨) ما بين المعكوفتين : ساقط من (م) ، (ع) .

(٩) في (م) ، (ع) : [لم يستوفيه] .

(١٠) في (م) : [النيابة] ، بدون الواو ، وقوله : [والنيابة] ساقط من (ع) .

(١١) في (م) ، (ع) : [ما ثبت منه] ، مكان المثبت .

(١٢) في (م) ، (ع) : [فجاز] .

مسألة ٧٥٩

بيع الوصي وشراؤه مال الصغير بنقصان كبير أو بزيادة كبيرة

١٥٢٥٠ - قال أبو حنيفة : إذا باع الوصي ماله من الصغير بنقصان كثير [١] ، أو ابتاع مال الصغير بزيادة كثيرة [٢] ، جاز .

١٥٢٥١ - وقال أبو يوسف ، ومحمد : لا يجوز [٣] ، وبه قال الشافعي [٤] .

١٥٢٥٢ - لنا : قوله تعالى : ﴿ وَلَا تَقْرَبُوا۟ مَالَ ٱلْيَتِيمِ إِلَّا بِٱلَّتِى هِىَ أَحْسَنُ ﴾ [٥] ، والمرجع في الأحسن إلى العادة ، ومتى باعه ما يساوي درهمًا بنصف ، فهذا من الأحسن ، فوجب أن يجوز بظاهر الآية .

١٥٢٥٣ - ولأنه يجوز أن يبيع مال الصغير من زوجته وإن لم ينص عليه ، فجاز أن يبيعه من نفسه ، كالأب ، لأنه قائم مقام الأب بعد موته ، فجاز أن يبيع مال الصغير من نفسه ، كالجد .

---

(١) في (ع) : [كبير] .　　(٢) في (م) ، (ع) : [كبيرة] .

(٣) راجع المسألة في : مختصر الطحاوي « كتاب الوكالة » ص١١٠ ، ١١١ ، أحكام القرآن للجصاص (٢٤/٣) ، مجمع الأنهر « كتاب الوصايا » ، « باب الوصي » (٦٩٦/٢) ، العناية ، بذيل فتح القدير « كتاب الوصايا » ، « باب الوصي وما يملكه » (٥٠٩/١٠) ، حاشية ابن عابدين « كتاب الوصايا » ، « باب الوصي » (٤٦٨/٥) ، وفي « كتاب الوكالة » ، « باب الوكالة بالبيع والشراء » (٤٢٤/٤) .

(٤) راجع المسألة في : مختصر المزني « كتاب الوكالة » ص١١١ ، حلية العلماء « كتاب الوكالة » (١٢٧/٥) ، وفي « باب الأوصياء » (١٥٠/٦) ، تكملة المجموع « كتاب الوكالة » (١٢٣/١٤ ، ١٢٤) . قال ابن القاسم في المدونة : « أما الوصي فقد قال مالك فيه : لا يشتري لنفسه ، ولا يشتري له وكيل له ، ولا يدس من يشتري له » ، وقال الغرناطي في قوانين الأحكام : « ويجوز للوكيل والوصي أن يشتريا لأنفسهما من مال الموكل واليتيم إذا لم يحابيا أنفسهما » ، فقد اتضح من هذين النصين المتناقضين أن للمالكية في هذه المسألة قولين ، في قول : يجوز ، وفي قول آخر : لا يجوز . وأما رأي المالكية ، فراجعه في : المدونة « كتاب الوصايا الأول » ، « في الوصي يشتري من تركة الميت » (٢٨٨/٤) ، الكافي لابن عبد البر « باب الأوصياء » (١٠٣٣/٢ ، ١٠٣٤) ، بداية المجتهد « كتاب الوكالة » ، « الباب الثاني في الأحكام » (٣٢٧/٢) ، قوانين الأحكام الشرعية ، الباب السابق ص٣٣٥ ، شرح الزرقاني « باب في الوصية » (٢٠٢/٨) . واختلفت الرواية فيه عن أحمد ، فقال في رواية : مثل قول الصاحبين والشافعي ، الوصي لا يشتري من مال اليتيم ولا يبيعه شيئًا ، وهو اختيار الخرقي ، وقال في رواية أخرى : له أن يشتري بشرطين ، أحدهما : أن يزيد على مبلغ ثمنه في النداء ، والثاني : أن يتولى النداء غيره . راجع تفصيل المسألة في : المسائل الفقهية « كتاب الشركة والمضاربة والوكالة » (٣٩٨/١ ، ٣٩٩) ، المغني « كتاب الوكالة » (١١٧/٥ ، ١١٨) الإنصاف « باب الوكالة » (٣٧٧/٥) .

(٥) سورة الأنعام : الآية ١٥٢ ، وسورة الإسراء : الآية ٣٤ .

١٥٢٥٤ - ولأن ما جاز البيع منه [١] ، جاز للوصي البيع منه .

١٥٢٥٥ - احتجوا : بما روي « أن رجلًا أوصي إلى رجل ، فكان للموصي قماش ، فأراد الوصي أن يشتريه لنفسه ، فسأل ابن مسعود ﷺ ، فقال : لا يجوز ذلك » [٢] .

١٥٢٥٦ - قلنا : تقليد الصحابي لا يجوز عندكم ، وعندنا الرجوع إلى عموم القرآن أولى .

١٥٢٥٧ - قالوا : الوصي يلي بتولية ، فلم يجز أن يبيع من نفسه ، كالوكيل .

١٥٢٥٨ - قلنا : الوكيل يتصرف بالأمر ، والوصي يتصرف من طريق الحكم ، بدلالة : أنه يتصرف مع انقطاع أمر الوصي ، فصار [٣] كالجد .

١٥٢٥٩ - قالوا : يجوز بيعه من نفسه بمثل قيمته ، فلا يجوز الزيادة عليها ، كالوكيل .

١٥٢٦٠ - قلنا : إنما لا يجوز إلا بمثل القيمة ؛ لأنه متهم في تحصيل العين [٤] لنفسه ، وفي الأعيان عوض مطلوب ، فإذا بذل الزيادة زالت التهمة ، فصار [٥] كالأب .

١٥٢٦١ - قالوا : الأب والجد لهما اختصاص النسب ، وهي مرتفعة في حق الوصي ، فاعتباره بالوكيل أولى من اعتبارهما .

١٥٢٦٢ - قلنا : إنما انتقل إليه ما كان إليهما من الولاية ، فثبت له حكمها [٦] وإن لم يوجد فيها [٧] ما لهما من الخصائص ، كما أن وصي [٨] الأب يتقدم على الجد مع وجود الخصائص في الجد إلا أن الوصي مقدم لا تنتقل ولاية الأب إليه وإن عدمت الخصائص فيه .

* * *

(١) لفظ : [منه] ساقط من (ع) .

(٢) لم نعثر على هذا الأثر بهذا اللفظ . وقد أخرجه البيهقي من طريق شعبة ، عن أبي إسحاق ، قال : سمعت صلة يقول : « شهدت عبد الله يعني ابن مسعود وأتاه رجل من همدان على فرس أبلق ، فقال : إن رجلًا أوصى إلي وترك يتيمًا ، أفأشتري هذا الفرس أو فرسًا آخر من ماله ؟ فقال عبد الله : لا تشتر شيئًا من ماله ، وفي الكتاب لا تشتر شيئًا من ماله ولا تستقرض من ماله » ، في الكبرى « كتاب الوصايا » ، « باب ما يجوز للوصي أن يصنعه في أموال اليتامى » (٣٨٥/٦) .

(٣) لفظ : [فصار] ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش .

(٤) في (م) ، (ع) : [الغير] ، مكان : [العين] .

(٥) في (م) ، (ع) : [فصارت] .

(٦) في (م) : [بالولاية فثبتت له حكمهما] ، مكان المثبت .

(٧) في النسخ : [فيهما] .

(٨) في (م) ، (ع) : [رضي] ، مكان : [وصي] .


مسألة ٧٦٠

يجوز بيع الوكيل بقليل الثمن وكثيره

١٥٢٦٣ - قال أبو حنيفة : إذا باع الوكيل بقليل الثمن وكثيره جاز .

١٥٢٦٤ - وروى الحسن عنه : أن بيعه لا يجوز إلا بمثل القيمة ، أو بنقصان يتغابن بمثله .

١٥٢٦٥ - وبه قال أبو يوسف ، ومحمد ، والشافعي .

١٥٢٦٦ - [وأما الوكيل بالشرى ، ففيه روايتان ، كان قوله الأول : إن الشرى يجوز بالقليل والكثير ، وقوله الثاني : إن الشرى] (١) لا يجوز إلا بمثل الثمن وزيادة يسيرة (٢) .

---

(١) في (م) ، (ع) : [المشتري] ، مكان : [الشري] ، وما بين المعكوفتين : ساقط من صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

(٢) قال الطحاوي في مختصره : « ولا يجوز ابتياع الوكيل ما وكل بابتياعه إلا أن يبتاعه بما يتغابن الناس فيه إذا لم يسم له في الوكالة ما يبتاعه به ، وجائز في قول أبي حنيفة بيع الوكيل ما وكل في بيعه بما يتغابن الناس فيه وبما لا يتغابن فيه ، ولا يجوز ذلك في قول أبي يوسف ومحمد إلا بما يتغابن الناس فيه لا بما سواه » . راجع تفصيل المسألة في : مختصر الطحاوي « كتاب الوكالة » ص١١١ ، المبسوط « باب الوكالة بالقيام على الدار وقبض الغلة والبيع » (٣٦/١٩) ، روضة القضاة « كتاب الوكالة » (٦٤٧/٢) ، المسألة (٦٣٤٦) ، طريقة الخلاف في الفقه « كتاب البيوع » ص٣٥٢ ، ٣٥٣ ، المسألة (١٤٨) ، إيثار الإنصاف « كتاب البيوع » ص٣١٦ ، بدائع الصنائع « كتاب الوكالة » ، « فصل : أما بيان حكم التوكيل » (٦٢٧) ، البناية مع الهداية « باب الوكالة بالبيع والشراء » (٣٢٧/٨ ، ٣٣٠) ، تكملة فتح القدير مع الهداية « باب الوكالة بالبيع والشراء » (٧٧/٨ ، ٨٢) ، مجمع الأنهر « باب الوكالة بالشراء والبيع » (٢٢٥/٢ - ٢٢٨) ، مجمع الضمانات « الباب التاسع عشر في الوكالة والرسالة » ص٢٤٩ ، حاشية ابن عابدين « باب الوكالة بالبيع والشراء » (٤٢٤/٤ ، ٤٢٥) . وقال الشيرازي في المهذب : « ولا يجوز للوكيل في البيع أن يبيع بدون ثمن المثل بما لا يتغابن به من غير إذن ، ولا للوكيل في الشراء أن يشتري بأكثر من ثمن المثل بما لا يتغابن الناس به من غير إذن » . راجع المسألة في : مختصر المزني « كتاب الوكالة » ص١١١ ، المهذب مع تكملة المجموع الثانية « كتاب الوكالة » (١٣٩/١٤ ، ١٤٢ - ١٤٤) ، فتح العزيز مع الوجيز « الباب الثاني في حكم الوكالة » ، بذيل المجموع (٢٦/١١ ، ٢٧) ، مغني المحتاج « كتاب الوكالة » (٢٢٤/٢) ، حلية العلماء « كتاب الوكالة » (١٣٩/٥) . وقال مالك : مثل قول الصاحبين والشافعي ، لا يجوز بيع الوكيل أو شراؤه إلا بثمن المثل أو بما يتغابن الناس في مثله . راجع تفصيل المسألة في : المدونة « كتاب الوكالات » (٢٦٦/٣) ، التفريع « باب القضاء في الوكالة » (٣١٨/٢) ، فصل (١١٥٣) الكافي لابن عبد البر « باب أمانة الوكيل وما =

١٥٢٦٧ - لنا : أن أمره بالبيع عام في قليل الثمن وكثيره ، ومن حكم اللفظ أنه يحمل على عمومه إلا أن يمنع منه مانع .

١٥٢٦٨ - ولا يلزم : الوكيل بالشرى ؛ لأنا خصصنا الكلام بدليل ، لأن ما ملك الموكل أن يبيع العين به ملك الوكيل بإطلاق الوكالة بيعها به ، كثمن المثل .

١٥٢٦٩ - قالوا : المعنى في ثمن المثل : أن الأب والوصي يملكان البيع به ، ولا [1] كذلك ثمن القليل ، لأنهما لا يملكان البيع به [2] ، كذلك لا يملك الوكيل .

١٥٢٧٠ - قلنا : تصرف الأب والوصي يختص بما فيه الحظ [3] ، لأنهما يتصرفان حكمًا ، لا بأمر [4] المالك ، وتصرف الوكيل يقع بالأمر ، فاعتبر عموم الأمر .

١٥٢٧١ - ولا يلزم : الوكيل بالشرى ؛ لأنه لا يتصرف بأمر عام ، بدلالة : أنه لا يملك الشري بعمومه أملاك الموكل ، فثبت أن تصرفه يقع خاصًّا في الأعراض .

١٥٢٧٢ - ولأنه سبب [5] يملك به بيع مال المكلف بما يتغابن الناس فيه ، فيجب أن يجوز بما لا يتغابن الناس فيه ، أصله : إذا قال : بع بما شئت ، أو عين الثمن ، أصله : الملك .

١٥٢٧٣ - ولا يلزم : الولاية ؛ لأنه لا يملك بها بيع مال المكلف .

ولأنه حط لو نص عليه جاز للوكيل البيع به ، فجاز له البيع بالإطلاق ، أصله : ما يتغابن به .

١٥٢٧٤ - ولا يلزم الوكيل بالشرى ، لأنه زيادة ، والزيادة ليست بحط .

١٥٢٧٥ - ولأن الإنسان يأمر ببيع ماله لطلب العوض ، ويأمر ببيعه ضجرًا منه

= يقبل قوله فيه » (٧٩٠/٢) ، بداية المجتهد ، (٣٢٧/٢) ، قوانين الأحكام الشرعية الباب السابق ص٣٣٩ ، شرح الزرقاني « باب صحة الوكالة » (٧٨/٦) . وقال أحمد في رواية : إن باع بأقل من ثمن المثل ، فالبيع باطل ، وقال في رواية أخرى : يصح البيع ، ويضمن الوكيل النقص ، قال المرداوي في الإنصاف : « وهو المذهب » ، وإن اشترى بأكثر من ثمن المثل فللحنابلة فيه وجهان : أحدهما : لا يصح الشراء ، والثاني : يصح ، قال المرداوي : « وهو المذهب ، نص عليه ، وعليه أكثر الأصحاب » . راجع تفصيل المسألة في : المسائل الفقهية ، العنوان السابق (٣٩٦/١) المسألة (١٣) ، المغني « كتاب الوكالة » (١٣٥/٥ ، ١٣٦) ، الكافي لابن قدامة « كتاب الوكالة » (٢٤٥/٢ ، ٢٤٦) ، الإنصاف « باب الوكالة » (٣٧٩/٥ ، ٣٨٠ ، ٣٨٣) .

(١) قوله : [ولا] ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش .

(٢) لفظ : [به] ساقط من (م) ، (ع) .

(٣) في (ص) : [بالحظ] بالظاء المعجمة .

(٤) في (م) : [لا يأمن] .

(٥) في (م) ، (ع) : [بسبب] .

وكراهة له ، وإذا أراد العوض قدره وإن لم يرد [١] فغرضه إزالة الملك ، لا العوض ، فإذا أزاله على وجه البيع فقد فعل ما أمره به [٢] ، فوجب أن يجوز ، ولهذا قال ﷺ : « إذا زنت أمة أحدكم ، فليحدها ، فإذا زنت فليحدها ، فإذا [٣] زنت فليبعها ولو بظفير » [٤] .

١٥٢٧٦ - ولأنه باعه بما يجوز أن يكون ثمنًا ، فوجب أن يصح البيع ، كما لو باع بثمن المثل ، وإذا نقص عن [٥] القدر .

١٥٢٧٧ - احتجوا : بأنه موكل في معاوضة ، فوجب أن يقتضي إطلاقها عوض المثل ، كالشرى .

١٥٢٧٨ - قلنا : الأصل غير مسلَّم على أحد الروايتين ، والفرق بينهما على الرواية الأخرى : أن الأمر بالشرى يقع خاصًا في الأثمان ؛ لأنه لا يجوز أن يشتري بأعيان ملك الموكل .

١٥٢٧٩ - ولأنا نقول ، وإذا وقع خاصًا في ذلك رد إلى العادة ، والأمر بالبيع يقع عامًا في الأثمان [٦] ، ولم يثبت تخصيص في الأثمان [٧] بالتبرع ، فوجب اعتبار العموم .

١٥٢٨٠ - ولأن الوكيل بالشرى لم يؤمر بالتصرف في ملك الآمر ، فلم يجز اعتبار أمر عمومه فيما لا يملك ، فوجب الرجوع إلى العادة ، والوكيل بالبيع مأمور بالتصرف في ملك الآمر ، فأمكن اعتبار عموم أمره .

ولأن الوكالة بالبيع لا تثبت [٨] لنفسه حقًّا على موكله ببيعه ، فلم يلحقه تهمة ، والوكيل بالشرى يرجع على موكله بضمان الثمن ، فإذا أثبت لنفسه [٩] ضمانًا في

---

(١) في (م) : [لم يزد] .
(٢) لفظ : [به] ساقط من (م) ، (ع) .
(٣) في (م) ، (ع) : [فإن] ، مكان : [فإذا] في الموضعين .
(٤) في (م) ، (ع) : [بطفير] . وقد أخرجه مالك من حديث أبي هريرة في الموطأ « كتاب الحدود » ، « باب جامع ما جاء في حد الزنا » (٨٢٦/٢) ، الحديث (١٤) ، والبخاري في الصحيح « كتاب البيوع » ، « باب بيع العبد الزاني » (١٨/٢) ، وفي « كتاب المحاربين » ، « باب إذا زنت الأمة » (١٨٢/٤) ، ومسلم في الصحيح « كتاب الحدود » ، « باب رجم اليهود » (١٣٢٩/٣) ، الحديث (١٧٠٣/٣٢) ، وأبو داود في السنن « كتاب الحدود » ، « باب في الأمة تزني ولم تحصن » (٥١٢/٢ ، ٥١٣) .
(٥) في (م) ، (ع) : [نقض على] ، مكان : [نقص عن] .
(٦) في (م) : [الأيمان] .
(٧) في (م) : [الأيمان] .
(٨) في (م) ، (ع) : [لا يثبت] .
(٩) ما بين القوسين : ساقط من (م) ، (ع) .

الزيادة ، لم يحصل [١] له العوض عنها لحقته التهمة ، فلم ينفذ تصرفه .

١٥٢٨١ - ولأن الوكيل بالشرى لم يسلطه [٢] في ماله ، وإنما سلطه على التصرف في عين ماله ، وفرق في [٣] الأصول بين الأمرين ؛ بدلالة : أنه لو دفع إلى رجل دراهم ، وقال له : اقض بها ديني الذي لفلان عليَّ ، فقال : قد قضيت ، صدقه في براءة نفسه ، وبمثله لو لم يدفع مالاً وقال : اقض فلانًا ، فقال : قد قضيت [٤] فأنكر ذلك ، لم يقبل قوله في الرجوع .

١٥٢٨٢ - وإنما افترقا لأنه سلطه في أحد الموضعين [٥] على التصرف في عين المال فيقبل قوله ، وإن لم يسلم له البدل في الموضع الآخر [٦] لم يسقط حق التصرف في مالهيئ، وإنما جعل إليه إثبات الحق في ذمته ، ومتى [٧] لم يسلم له البدل [٨] ، وهو سقوط الدين عن ذمته لم يصدق في الرجوع ، كذلك في مسألتنا .

١٥٢٨٣ - قلنا : من ملك هذه الطريقة نقول [٩] يجوز تصرفه فيها على العموم .

١٥٢٨٤ - قالوا : كل ما يملك به الشرى بأكثر من ثمن المثل لا يملك به البيع بأقل من ثمن المثل [١٠] ، كالأب والجد .

١٥٢٨٥ - قلنا : الأب والجد يتصرفان من طريق الحكم ، فاعتبر عموم الأمر .

١٥٢٨٦ - ولا يلزم : الوكيل بالشرى ؛ لأنه لا يتصرف من طريق الأمر لاستحالة أن ينفذ أمر الإنسان في ملك غيره .

ولأن الأب والوصي يقومان مقام من لا يصح التبرع في ماله ، فلا يجوز تصرفهما بما لا حظَّ [١١] له فيه ، والوكيل يقوم مقام من صح التبرع منه في ماله ، فإذا فوض التصرف في ماله مطلقا إليه [١٢] ملك منه ما يملكه موكله .

---

(١) في (ع) : [فلم يحصل] .

(٢) في (م) ، (ع) : [لم يسلط] ، بدون الهاء .

(٣) في (م) : [بين] ، مكان : [في] .

(٤) ما بين المعكوفتين : ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش .

(٥) في (م) ، (ع) : [الوصفين] .

(٦) في (ص) : [للأخر] .

(٧) في (م) : [فمتي] .

(٨) ما بين المعكوفتين : ساقط من (ع) .

(٩) لفظ : [نقول] ساقط من (ع) .

(١٠) في (ص) : [الملك] ، مكان : [المثل] .

(١١) في (ع) : [حظ] بالظاء المعجمة .

(١٢) لفظ : [إليه] ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش .

١٥٢٨٧ - ولا يلزم : الوكالة بالشرى ؛ لأن الوكيل لم يفوض إليه التصرف في ماله .

١٥٢٨٨ - قالوا : تصرف الأب أقوى من تصرف الوكيل ؛ بدلالة : أن التهمة تنتفي عنه ، ويملك أن يبيع من نفسه ، فإذا لم يجز له البيع بالقليل [1] فالوكيل أولى .

١٥٢٨٩ - قلنا : الأب وإن كان تصرفه أقوى إلا أنه ليس لتصرفه جهة إلا لطلب الحظِّ [2] ، فإذا تصرف فيما لا حظَّ له فيه لم يجز ، والوكيل أقامه المالك مقام نفسه في ماله ، فيملك من التصرف ما كان يملكه .

١٥٢٩٠ - قالوا : المحاباة [3] بمنزلة الهبة لا يملكها الوكيل ، كذلك المحاباة .

١٥٢٩١ - قلنا : إنما لا يملك الهبة لأنها عقد لم يؤذن فيه ، وليس كذلك البيع بالمحاباة ، لأنه نوع العقد الذي أُذِن فيه .

ولأنه يملك المحاباة من لا يملك الهبة ، مثل أن يقول : بع بما شئت وبما رأيت .

١٥٢٩٢ - قالوا : الوكالة مجهولة [4] على العادة ، بدلالة أنه لو وكل بشراء طعام بدرهم حمل على الخبز [5] ، ولو وكله بذلك تارة [6] حمل على الحنطة ، والعادة : أن الناس لا يبيعون المعاينة ، فوجب أن يختص ذلك بالعادة .

١٥٢٩٣ - قلنا : [العادة أن] [7] يبتاع الثياب في سوقها ، فلو باع الوكيل في سوق الغنم أو الجمال ، جاز وإن خالف العادة .

ولأن العادة : أن الإنسان إذا قصد بما دون ثمن المثل غير الثمن ، وإن [8] أطلق الأمر في التصرف في ماله ولم / يعين علم أن القصد البيع خاصة [9] على أي وجه وقع . ١٧٥/ب

* * *

(١) في (م) : [فالقليل] ، وقوله : [بالقليل] ساقط من (ع) .

(٢) في (ص) : [إلى] ، مكان : [إلا] ، وفي (م) ، (ع) : [الحظ] بالظاء المعجمة .

(٣) حاباه محاباة : سامحه ، مأخوذ من حبوته ، إذا أعطيته . راجع : المغرب ، مادة : [حبا] ص١٠٢ ، لسان العرب (٧٦٦/٢) ، المصباح المنير (١١٥/١) .

(٤) في جميع النسخ : [مجهولة] .

(٥) في (ص) ، (م) : [الخبر] ، بالراء المهملة .

(٦) لفظ : [تارة] غير واضح في (ص) .

(٧) ما بين المعكوفتين : ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش .

(٨) في (م) ، (ع) : [وإذا] .

(٩) في (م) ، (ع) : [أنه قصد المبيع بخاصة] ، مكان المثبت .



مسألة ٧٦١

الحكم إذا وكله بالبيع مطلقًا فباع بالأثمان أو العروض

١٥٢٩٤ - قال أبو حنيفة : إذا وكله بالبيع مطلقًا فباع بالأثمان أو العروض ، جاز .

١٥٢٩٥ - وقال أبو يوسف ، ومحمد : لا يجوز البيع إلا (١) بالأثمان (٢)

١٥٢٩٦ - وقال الشافعي : لا يجوز إلا بنقد البلد (٣) .

١٥٢٩٧ - لنا : أن كل ثمن جاز للموكل أن يبيع به جاز للوكيل (٤) أن يبيع به بإطلاق الوكالة ، كنقد البلد (٥) .

ولأنه (٦) سبب يملك به البيع بنقد البلد (٧) ، فملك البيع بغيره من غير تعيين ، كالوصية ، والشركة ، والمضاربة .

١٥٢٩٨ - ولا نقول بموجبه إذا عين له ؛ لأنا قلنا : من غير تعيين .

١٥٢٩٩ - ولا يلزم : إذا قال : بع بنقد البلد ، أو بع لأقضي ديني ، لأنا عللنا

---

(١) لفظ : [إلا] ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش .

(٢) راجع تفصيل المسألة في : مختصر الطحاوي « كتاب الوكالة » ص١١١ ، روضة القضاة « كتاب الوكالة » (٦٤٧/٢) ، المسألة (٣٦٤٧) ، تحفة الفقهاء « كتاب الوكالة » (٢٣٤/٣) ، بدائع الصنائع ، الفصل السابق (٢٧/٦) ، البناية مع الهداية ، الباب السابق (٣٢٧/٨) وما بعدها ، تكملة فتح القدير مع الهداية ، الباب السابق (٧٧/٨) ، مجمع الأنهر ، الباب السابق (٢٢٦/٢) ، الدر المختار بهامش حاشية ابن عابدين « باب الوكالة بالبيع والشراء » (٤٢٤/٤) ، مجمع الضمانات ، الباب السابق ص٢٤٩ .

(٣) راجع المسألة في : المهذب مع تكملة المجموع الثانية « كتاب الوكالة » (١٢٩/١٤ - ١٣١ ، ١٣٣) ، حلية العلماء « كتاب الوكالة » (١٣٣/٥ ، ١٣٤) ، فتح العزيز مع الوجيز « كتاب الوكالة » ، « الباب الثاني في حكم الوكالة » (٢٦/١١) ، مغني المحتاج « كتاب الوكالة » (٢٢٣/٢) ، نهاية المحتاج « كتاب الوكالة » ، « فصل : في أحكام الوكالة بعد صحتها » (٣١/٥) . وقال مالك ، وأحمد : مثل قول الشافعي ، ليس له البيع بغير نقد البلد . راجع المسألة في : المدونة « كتاب الوكالات » ، وفي « الدعوى في بيع الوكيل السلعة » (٢٦٥/٣ ، ٢٦٧ ، ٢٦٨) ، بداية المجتهد ، الباب السابق (٣٢٧/٢) ، شرح الزرقاني ، الباب السابق (٧٨/٦) ، المغني « كتاب الوكالة » (١٣٤/٥) ، الإنصاف « باب الوكالة » (٣٧٨/٥ ، ٣٧٩) .

(٤) لفظ : [للوكيل] ساقط من (ع) .

(٥) قاعدة : « كل ثمن جاز للموكل أن يبيع به جاز للوكيل أن يبيع به بإطلاق الوكالة ، كنقد البلد » .

(٦) في (م) ، (ع) : [لنقد البلد لأنه] ، مكان المثبت .

(٧) في (م) ، (ع) : [البيع] ، مكان : [البلد] .

السبب المطلق ولم نعلل لأحواله ، لأن هذا تعيين لما يباع به .

١٥٣٠٠ – فإن قيل : قد يكون دينه من الحنطة ، فيجب أن يجوز [1] بيعه بها .

١٥٣٠١ – قلنا : كذلك نقول ، ولأنه سبب يملك به البيع على الغير ، فملك بإطلاقِ البيعَ بغير الأثمان ، كالشركة ، والوصية .

١٥٣٠٢ – ولا يلزم : الوكيل بالشراء [2] ، لأنا قلنا : سبب [3] يملك به البيع .

١٥٣٠٣ – ولأن ابن شجاع ذكر في نوادره : الوكيل بالشرى إذا اشترى في الذمة جاز .

ولأنه إذا وكله ببيع عبد قيمته مائة ، فباعه بمائة وثوب ، لم يجز أن يقال [4] : يجوز البيع أو لا يجوز .

١٥٣٠٤ – فإن قيل : لا يجوز البيع [5] لم يصح ، لأنه لو باعه بالمائة خاصة جاز ، وإذا زاده [6] ثوبًا فقد زاده خيرًا ، فهو أولى بالجواز .

١٥٣٠٥ – وإن قلنا : يجوز ، قلنا : كل سبب يجوز أن [7] يملك بإطلاقه البيع بالأثمان والعروض يملك [بإطلاقه البيع] [8] بالعروض ، كالمضاربة ، والوصية .

١٥٣٠٦ – احتجوا : بأنه عارض ما ليس من نقد البلد ، فوجب أن لا يصح ، أصله : إذا باع عينًا بمنافع دار أو دابة .

١٥٣٠٧ – قلنا : المعنى فيه : أنه وكله بالبيع لا بعقد الإجارة [9] ، فصار عدوله إلى الإجارة كعدوله إلى النكاح إذا زوجه امرأة ، وليس كذلك في مسألتنا ، لأنه وكله [10] بالبيع مطلقًا فعقد ما يتناوله اسم البيع على الإطلاق ، فكذلك جاز .

١٥٣٠٨ – قالوا : العقد في البيع إذا انعقد بثمن مطلق وجب [11] حمله على غالب

---

(١) في (م) ، (ع) : [فيجوز أن يجب] بالتقديم والتأخير .

(٢) في (م) ، (ع) : [بالشرى] .

(٣) في (م) ، (ع) : [بسبب] .

(٤) في (م) ، (ع) : [أن يقول] .

(٥) لفظ : [البيع] ساقط من (م) ، (ع) .

(٦) في (م) : [ازاده] .

(٧) لفظ : [أن] ساقط من (م) ، (ع) .

(٨) ما بين المعكوفتين : ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش .

(٩) في (م) ، (ع) : [إجارة] .

(١٠) في (م) ، (ع) : [وكل] بدون الهاء .

(١١) في (م) ، (ع) : [فوجب] ، بزيادة : [الفاء] .

نقد البلد ، فكذلك الوكالة إذا انعقدت ببيع مطلق وجب أن يحمل على غالب نقد البلد .

١٥٣٠٩ – قلنا : البيع المطلق إنما يختص بنقد البلد ؛ لأنه لا طريق إلى تصحيح العقد عند الإطلاق إلا أن نحمله [١] على ذلك . ألا ترى : أنه لو باع بأي ثمن شاء [٢] المشتري ، لم يصح ، وهذا المعنى لا يوجد في الوكالة ، لأنه لو عقدها على عموم الأعواض جاز ، فلم يكن بنا حاجة إلى تخصيصها بنقد البلد ليصح [٣] ، فحملت على العموم .

* * *

(١) في (م) ، (ع) : [يحمله] .
(٢) في (م) ، (ع) : [شيئًا] ، مكان : [شاء] .
(٣) في (م) ، (ع) : [ليصلح] .



بيع الوكيل بالنقد والنسيئة

١٥٣١٠ - قال أصحابنا : يجوز للوكيل أن يبيع بالنقد والنسيئة [١] .

١٥٣١١ - وقال الشافعي : لا يجوز أن يبيع بالنسيئة [٢] .

١٥٣١٢ - لنا : أنها مدة ملحقة بالعقد ، فملك الوكيلُ المطلقُ الوكالةِ شرطَها في العقد . أصله : إذا شرط الخيار .

١٥٣١٣ - فإن قيل : إنما جاز للوكيل البيعُ بشرط الخيار [٣] لما فيه من الاحتياط ، ولأن إطلاق العقد يقتضيه [٤] .

---

(١) قال الطحاوي في مختصره : « وجائز لمن وكل ببيع شيءٍ ولم يسم له نقدًا ولا نسيئة في قول أبي حنيفة ومحمد ، وهو قول أبي يوسف القديم ، ثم روى عنه أصحاب الإملاء : أنه قال بعد ذلك : إن كان الآمر أمره ببيع ما أمره ببيع لحاجته إلى ثمنه ، وبين ذلك له في توكيله إياه ، فقال : بع عبدي لأقضي ديني بثمنه ، أو قال له : بع عبدي لأبتاع بثمنه دقيقًا لأهلي ، فمعناه في ذلك من قوله كهو لو قال له : بع عبدي نقدًا ، فلا يجوز له أن يبيعه بغير ذلك ، وبه نأخذ . وإن كانت الوكالة وقعت مطلقة لم يذكر الوكيل فيها من هذا شيئًا ، كان للوكيل أن يبيع ما وكل به بالنقد وبالنسيئة » . راجع تفصيل المسألة في : مختصر الطحاوي « كتاب الوكالة » ص١١١ ، ١١٢ ، روضة القضاة « كتاب الوكالة » (٦٤٧/٢) ، المسألة (٣٦٤٧) ، بدائع الصنائع ، الفصل السابق (٢٧/٦) ، البناية ، الباب السابق (٣٢٧/٨) ، تكملة فتح القدير ، الباب السابق (٧٧/٨) ، مجمع الأنهر ، الباب السابق (٢٢٦/٢) ، الدر المختار بهامش رد المحتار ، الباب السابق (٤٢٤/٤) ، لسان الحكام مع معين الحكام « الفصل الرابع في الوكالة » ص٢٥٠ .

(٢) في (م) ، (ع) : [بالنساء] . راجع المسألة في : المهذب مع تكملة المجموع الثانية « كتاب الوكالة » (١٣٦/١٤ ، ١٣٧) ، حلية العلماء « كتاب الوكالة » (١٣٣/٥ ، ١٣٤) فتح العزيز مع الوجيز ، الباب السابق ، بذيل المجموع (٢٦/١١ ، ٢٧) ، مغني المحتاج « كتاب الوكالة » (٢٢٤/٢) ، نهاية المحتاج ، العنوان السابق (٣٢/٥) . وقال مالك وأحمد : مثل قول الشافعي ، ليس للوكيل أن يبيع نساء . راجع المسألة في : المدونة « كتاب الوكالات » (٢٦٥/٣) ، الكافي لابن عبد البر ، الباب السابق (٧٨٨/٢) ، بداية المجتهد ، الباب السابق (٣٢٧/٢) ، قوانين الأحكام الشرعية ، الباب السابق ص٣٣٩ ، العقد المنظم بهامش تبصرة الحكام (٢٣٨/٢) ، المسائل الفقهية ، العنوان السابق (٣٩٦/١) ، المسألة (١٣) ، المغني « كتاب الوكالة » (١٣٤/٥) ، الإنصاف « باب الوكالة » (٣٧٨/٥ ، ٣٧٩) .

(٣) ما بين المعكوفتين : ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش

(٤) في (ع) : [يقتضه] .

١٥٣١٤ - قلنا : وفي النساء احتياط ؛ لأنه يزاد في الثمن .

ولأنه إذا أمره بالبيع بشرط الخيار لنفسه فقد منع به تمام العقد ، وهذا ضد ما أمره به ، فلا يكون فيه احتياط .

ولأنها أحد وصفي [(١)] الثمن ، فجاز للوكيل بمطلق الوكالة البيع عليها ، كالنقد .

١٥٣١٥ - ولأن كل سبب يملك به البيع ، يملك به البيع [(٢)] بالوكالة المعينة ، والشركة ، والمضاربة ، والملك والأبوة والوصية .

١٥٣١٦ - ولأنه مما يعتاد التجار بيعه ، فجاز للوكيل المطلق البيع به [(٣)] ، كنقد البلد .

١٥٣١٧ - احتجوا : بأن إطلاق العقد يقتضي النقد ؛ بدلالة : أن البائع إذا قال : بعتك ، تناول إطلاق النقد .

١٥٣١٨ - قلنا : قوله : - « بعتك » ، إنما كان نقدًا ، ؛ لأنه لو جعل مؤجلًا لم يكن أجل فيبطل [(٤)] العقد لجهالة الأجل ، فحمله على النقد حتى لا يفسد ، لا لما ذكروه من الإطلاق . وهذا المعنى لا يوجد في قول الموكل : بع [(٥)] ، لأنا إذا اعتبرنا عموم الأمر في الحالّ والمؤجّل جاز ، لأنه قال : بع بثمن مؤجل ، وجهالة الأجل لا تبطل [(٦)] التوكيل .

١٥٣١٩ - فإن قيل : قوله : « بع » لو كان عامًا في الحال والمؤجل فسد العقد ، كما لو قال : بعتك بألف ، إما حالّة وإما مؤجلة .

١٥٣٢٠ - قلنا : لفظه يقتضي الأمرين ، وإنما خصصناه بأحدهما ، لأن التأجيل لو أراده لبين مدته ، لأنه لا يصح إلا بمدة معلومة [(٧)] ، فلما لم يبين مدته دل على أنه أراد الحلول ، والوكالة لا يفتقر [(٨)] جواز التأجيل في عقدها إلى مدة معلومة ، لأنه لو قال : بع بثمن مؤجل جاز وإن لم يبين الأجل ، فلذلك حمل على الإطلاق في عموم الأمرين .

---

(١) في (ص) : [صفتي] ، وفي (م) : [صفي] .

(٢) قوله : [يملك به البيع] في (م) ، وليس في غيرها ، ولفظ : [يملك] ساقط من (م) ، (ع) .

(٣) في (م) ، (ع) : [الوكالة البيع به] ، بزيادة : [الوكالة] .

(٤) في (م) ، (ع) : [فبطل] .

(٥) لفظ : [بع] ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) ، واستدركه المصنف في الهامش .

(٦) في (ع) : [لا يبطل] .

(٧) لفظ : [معلومة] ساقط من (ع) .

(٨) في (ص) : [لا يفتقر إلى] ، بزيادة : [إلى] .

١٥٣٢١ - قالوا : توكيل في معاوضة مطلقة ؛ فوجب أن يكون العوض الذي يحصل للموكل حالًّا قياسًا على الوكيل في الشرى .

١٥٣٢٢ - قلنا : هذا غير مسلَّم ؛ لأنه إذا وكله بالشراء [١] جاز أن يشتري بالثمن [٢] الحال والمؤجل ، لأن عموم اللفظ يتناول الأمرين . وإنما قالوا : إذا دفع إليه مالًا وأمره أن يشتري به لم يجز أن يشتري بثمن مؤجل ، لأن الوكالة تعلقت بالعين ، فلا يجوز أن يشتري في الذمة . ولذلك إن أسلفه الذي [٣] وكله في ابتياعها جاز ، فالأجل غير مسلَّم .

١٥٣٢٣ - فإن قالوا : أصلنا : إذا أمره [٤] ببيع ثوب فأسلف في حنطة .

١٥٣٢٤ - قلنا : يجوز ذلك عند أبي حنيفة ، ذكره [٥] في باب الوكالة في كتاب البيوع .

* * *

---

(١) في (م) ، (ع) : [بالشرى] .

(٢) قوله : [بالثمن] ساقط من صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش .

(٣) في (م) ، (ع) : [وكذلك إن أسلفه الذي] ، وليس في (ص) .

(٤) في (م) ، (ع) : [أبرأه] .

(٥) في (م) ، (ع) : [ذكر] ، بدون الهاء .



مسألة ٧٦٣

ادعاء شخص الوكالة وتصديق الغريم له

١٥٣٢٥ - قال أصحابنا [: إذا ادعى رجل أنه وكيل صاحب الدين في قبضه وصدقه الغريم ؛ ألزمه الحاكم التسليم . وكذلك إذا قال : مات صاحبه وأنا ولده لا وارث له غيري فصدقه ، لزمه التسليم إليه في رواية الأصول .

١٥٣٢٦ - وروى ابن سماعة [١] ، عن محمد : أنه يجبر في العين أيضًا .

١٥٣٢٧ - وإن ادعى : أن صاحب الدين مات وأنه كان أوصى إليه ، فصدقه ، لم يجبر على التسليم [٢] .

١٥٣٢٨ - وقال الشافعي : لا يجبر على التسليم في الوكيل والوصي ، ويجبر في الوراث .

١٥٣٢٩ - وإن زعم أن صاحب الدين أحاله [٣] بالدين فصدقه ، ففيه وجهان ، أحدهما : يجبر على التسليم إليه ، والثاني : أنه لا يجبر [٤] .

---

(١) في (م) ، (ع) : [ابن سماعة] . وابن سماعة : هو أبو عبد الله محمد بن سماعة التميمي ، أحد أعلام الحنفية ، حدث عن الليث بن سعد ، وأبي يوسف ، ومحمد ، وأخذ الفقه عنهما وعن الحسن بن زياد ، وكتب النوادر عن أبي يوسف ومحمد ، وروى الكتب والأمالي ، توفي ﷺ في سنة ثلاث وثلاثين ومائتين ، وله مائة وثلاث سنين . راجع ترجمته في : أخبار أبي حنيفة وأصحابه ص١٦١ ، الجواهر المضية (١٦٨/٣ - ١٧٠) ، الترجمة (١٣٢٢) ، تقريب التهذيب (١٦٧/٢) ، الترجمة (٢٧٨) ، شذرات الذهب (٧٨/٢) ، الفوائد البهية ص١٧٠ .

(٢) راجع المسألة في : المبسوط « كتاب الوكالة في الدين » (٧٦/١٩) ، روضة القضاة « كتاب الوكالة » (٦٥٦/٢ ، ٦٥٧) ، المسألة (٣٧١٧) ، بدائع الصنائع ، الفصل السابق (٢٦/٦) ، البناية مع الهداية « باب الوكالة بالخصومة والقبض » (٣٦٦/٨ ، ٣٦٧) ، تكملة فتح القدير مع الهداية « باب الوكالة بالخصومة والقبض » (١٢٥/٨) ، مجمع الأنهر « باب الوكالة بالخصومة والقبض » (٢٣٢/٢) ، الدر المختار بهامش رد المحتار « باب الوكالة بالخصومة والقبض » (٤٣١/٤) ، مجمع الضمانات « الباب التاسع عشر في الوكالة » ص٢٥٣ ، لسان الحكام مع معين الحكام ، الفصل السابق ص٢٥٢ .

(٣) في (ع) : [حاله] .

(٤) راجع تفصيل المسألة في : الأم « الوكالة » (٢٠٧/٣) ، مختصر المزني « كتاب الوكالة » ص١١١ ، المهذب مع تكملة المجموع الثانية « كتاب الوكالة » (١٥١/١٤ - ١٥٣) ، حلية العلماء « كتاب الوكالة » (١٥١/٥ ، ١٥٢) ، فتح العزيز مع الوجيز « كتاب الوكالة » ، « الباب الثالث في النزاع » (٨٤/١١ ، ٨٦) ، =

١٥٣٣٠ - لنا : أنه إقرار بحق الاستيفاء منه ، فوجب أن يجبر على التسليم إليه [(١)] إذا لم يؤد إلي إبطال حق الغير . أصله : إذا ادعى أنه وارثه لا وارث له غيره ، أو ادعى الدين لابنه الصغير فصدقه .

١٥٣٣١ - ولا يلزم : إذا ادعى وكالة بقبض العين ؛ لأن في التسليم إسقاط حق الموكل من العين .

ولا يلزم : إذا أقرّبه وصي ؛ لأن القاضي لو قضى بالتسليم جعله وصيًا ، لأنه يملك نصب [(٢)] الوصي ، فيسقط [(٣)] ذلك حق الورثة .

١٥٣٣٢ - فإن قيل : المعنى في الوارث : أنه إقرار لا مستحق له سواه ، ، فلزمه التسليم إليه ، وفي مسألتنا : إقرار [(٤)] هناك مستحق سواه .

١٥٣٣٣ - قلنا : علة الأصل غير مسلمة لأنه يجوز أن يكون على الميت دين أو يكون [(٥)] هناك وصية ، فيستحق التركة سواه [(٦)] .

١٥٣٣٤ - ويبطل علة الأصل : بمسألة الحوالة على أحد الوجهين أنه لا يجبر على التسليم وإن كان لا مستحق سواه [(٧)] .

١٥٣٣٥ - ولأنه ادعى على غيره وجوب تسليم ما في ذمته إليه من غير ولاية ، فوجب أن يجبر على وجوب [(٨)] تسليمه إليه ما في ذمته إذا صدقه . أصله : إذا ادعى أنه وارث .

= مغني المحتاج « كتاب الوكالة » (٢٣٧/٢) . وقال المالكية في المشهور ، والحنابلة : مثل قول الشافعي ، من صدق مدعي الوكالة بقبض الدين ، لم يلزمه الدفع إليه . وأما الوارث والمحال بالدين : فلم نقف فيهما على رأي المالكية بعد ، وقال الحنابلة : يلزم الدفع في الوارث ، وفي المحال وجهان : أحدهما : يجب الدفع ، والآخر : لا يجب . راجع المسألة في : البهجة « باب الوكالة » (٢٠٧/١) ، العقد المنظم للحكام ، بهامش تبصرة الحكام (٢٣٩/٢) ، المغني « كتاب الوكالة » (١١٤/٥ - ١١٦) ، الإنصاف « باب الوكالة » (٤٠٤/٥ - ٤٠٦) .

(١) في (م) ، (ع) : [علية] ، مكان : [على التسليم إليه] .

(٢) لفظ : [نصيب] ساقط من (م) ، (ع) . (٣) في (م) ، (ع) : [فسقط] .

(٤) في (م) ، (ع) : [إقرار إليه] ، بزيادة : [إليه] ، وهي مشطوبة في (ص) .

(٥) ما بين المعكوفتين : ساقط من صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش .

(٦) وردت في (م) ، (ع) بعد قوله : [فيستحق التركه سواه] العبارة الآتية : [فلزمه التسليم إليه وفي مسألتنا إقرار له مستحق سواه] وهو سهو من الناسخ .

(٧) ما بين المعكوفتين : ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش .

(٨) لفظ : [وجوب] ساقط من (م) ، (ع) .

١٥٣٣٦ - ولا يلزم : الوصي ، لأنه لا يدعي حق القبض إلا بالولاية .

ولأنه اعترف له بثبوت المطالبة في حق في [1] ذمته بسبب يتبعض [2] ، فوجب أن يجبر على التسليم ، كما لو أقر له بدين .

١٥٣٣٧ - ولا يلزم : الوصي لأنه يدعي المطالبة بسبب لا يتبعض [3] .

١٥٣٣٨ - ولأن ما يدفعه من الدين ملك نفسه ، فإذا أقر بوجوب تسليمه ، فلهذا حق اعترف به على نفسه لا يسقط به حق غيره ، فنفذ إقراره فيه كما لو أقر بدين . وليس كذلك العين ، لأن إقراره لو نفذ سلم [4] ملك الغائب ، فإذا حضر وجحد الوكالة فاتت العين ، وفي الأعيان أعراض [5] ، فلم يقبل إقراره بحق المقر ، لأنه إبطال حق غيره . وأما الدين : فإذا حضر الغائب فجحد الوكالة ، فدينه بحاله ، فلم يكن الإقرار نافذًا في حقه .

١٥٣٣٩ - ولا يلزم : إذا ادعى أنه وصي ؛ لأنا نجوز أن يكون صاحب الدين مات [6] وللقاضي ولاية في نصب الوصي [7] ، فإذا أقر بالتسليم إلى مدعي الوصية صار وصيًا بإذن القاضي وبرئ البائع بقبضه ، ويجوز أن يكون كاذبًا ، فيسقط الدين في حق الورثة .

١٥٣٤٠ - احتجوا : بأنه أقر بوكيل غيره في قبض دينه [8] ، فلم يلزمه الإقباض ، كما لو كان الحق عينًا .

١٥٣٤١ - الجواب : أن الأصل غير مسلّم على رواية ابن سماعة . والفرق بينهما على رواية الأصول ما بينا : أنه في الدين مقر في حق نفسه ، ودين الغائب بحاله ، وفي العين مقر بحق الغائب [9] لأن العين تفوت [10] . وأكثر الأحوال أن يضمن المقر قيمتها

---

(١) لفظ : [في] ساقط من (م) ، (ع) .

(٢) في (م) ، (ع) : [يتنقص] .

(٣) في (ع) : [يتبعض] ، بدون : [لا] .

(٤) في (ع) : [تسليم] .

(٥) في (ع) : [أعواض] .

(٦) في (ع) : [لأنه يجوز أن يكون صاحب الدين قد مات] ، مكان المثبت .

(٧) في (م) ، (ع) : [والقاضي ولأنه في نصب وصي] ، مكان المثبت .

(٨) في (م) ، (ع) : [غيره] ، وفي هامش (ص) من نسخة أخرى : [حقه] ، مكان : [دينه] .

(٩) في (م) ، (ع) : [في حق] ، مكان : [بحق] ، ولفظ : [الغائب] ساقط من (م) ، (ع) ، وفي هامش (ص) : [الغير] ، مكان : [الغائب] من نسخة أخرى .

(١٠) في (م) : [تفوت] .

ففي الأعيان أعواض .

١٥٣٤٢ - قالوا : وكالة لم تثبت في حق صاحب المال ، فلا يجبر على دفعه إليه ، كما لو كذبه في الوكالة .

١٥٣٤٣ - قلنا : المقر إنما يدفع مال نفسه ، لا مال صاحب الدين ، فوجب أن يعتبر ثبوت الوكالة في حقه ، لا في حق الغائب (١) . ألا ترى : أنه لو (٢) أقر أن صاحب الدين مات وهذا ابنه ، لم يثبت (٣) النسب في حق صاحب الدين ، ومع ذلك يدفع إليه ، لأن النسب يثبت في حق المقر ، فأما إذا كذبه فلم تثبت / الوكالة في حق صاحب الدين ولا في حق غريمه ، فلم يجبر على الدفع بدعوى الوكيل . وفي مسألتنا : تثبت الوكالة في حق الغريم (٤) ، والواجب بها تسليم ماله ، فلهذا وجب عليه التسليم .

١٧٦/أ

١٥٣٤٤ - قالوا : إنه دفع غير مؤثر في البراءة ، فلا يجبر عليه ، كما لو ادعي أنه وصي .

١٥٣٤٥ - قلنا : يبطل إذا قال : أنا وارث صاحب هذا الدين فصدقه .

١٥٣٤٦ - ولأن في زعم المقر أنه دفع مبرئ ويجزيه (٥) أن يكذبه صاحب الحق لا يعتبر ، كما لو أقام الوكيل البينة وجب التسليم وإن جاز أن يقيم الموكل بينة (٦) أنه كان عزله .

١٥٣٤٧ - والمعنى في دعوى الوصية : أنه يزعم أن صاحب الدين مات ، والولاية للقاضي إذا لم يثبت عنده (٧) وصية ، فلم ينفذ إقراره في حقه

١٥٣٤٨ - وأما مدعي الوكالة : فلم يعرف بثبوت (٨) حق الوكالة للقاضي ، فلم يعتبر ثبوت الوكالة عنده .

---

(١) في (م) : [الغالب] .

(٢) في (م) ، (ع) : [إذا] ، مكان : [لو] .

(٣) في (م) ، (ع) : [فلم يثبت] .

(٤) في (م) ، (ع) : [تثبت الوكالة في حق صاحب الدين ولا حق الغريم] بالزيادة .

(٥) في (م) ، (ع) : [سري] ، مكان : [مبرئ] ، وفي هامش (ص) : [ويجوز] ، مكان : [ويجزيه] من نسخة أخرى .

(٦) في (م) ، (ع) : [أجاز أن يقيم الموكل البينة] ، مكان المثبت .

(٧) في (م) ، (ع) : [عنه] ، مكان : [عنده] .

(٨) في (م) ، (ع) : [ثبوت] بدون الباء .

ولأن القاضي له ولاية في نصب الوصي [١] ، فإذا أقر بالتسليم إليه سقط الدين بقبضه ، ويجوز أن يكون كاذبًا ، ولا ولاية للقاضي في نصب وكيل ، وإذا أقر بالدفع لم يصر بذلك وكيلًا ، فلم يسقط الدين في حق الموكل ، فلذلك لزم التسليم إليه .

١٥٣٤٩ – قالوا : دفع لا تبرأ [٢] به ذمة حكمًا ؛ فلم يجبر عليه ، كما لو كان عليه دين ببينة [٣] فطلبه منه بغير شهادة ، لم يجز تسليمه .

١٥٣٥٠ – قلنا : لا نسلِّم ، بل يجب على من في ذمته الحق تسليمه في جميع الأحوال ، حضرت البينة أو لم تحضر [٤] ، ومتى أخر المال حتى تحضر البينة مع المطالبة ، كان ظالمًا .

* * *

(١) في سائر النسخ : [الصبي] .
(٢) في (ع) : [ما لا يبرئ] ، بزيادة : [ما] .
(٣) في (ع) : [ببينه] بدون نقط .
(٤) في (م) : [لم يحضر] .



مسألة ٧٦٤

إذا تلف المقبوض في يد الوكيل بعد تصديق الغريم له وإنكار صاحب الحق فعلى من يكون الضمان ؟

١٥٣٥١ - قال أصحابنا : إذا صدقه في الوكالة وسلم إليه ثم حضر صاحب الحق فأنكر التوكيل وحلف وقد [١] تلف المقبوض في يد الوكيل ؛ فإن كان عينًا فهو بالخيار في تضمين الدافع أو القابض ، وإن كان دينًا فله تضمين الدافع دون القابض [٢] .

١٥٣٥٢ - وقال المزني : له أن يضمن القابض منهما ، وهو اختيار [٣] المروزي . وقال عامة أصحاب الشافعي مثل قولنا [٤] .

١٥٣٥٣ - لنا : أنه دفع الدين إلى من لا يبرأ [٥] بقبضه ، فصار كما لو دفع إلى وكيله وأمره [٦] بالتسليم ، فتلف في يده ، لم يكن لصاحب الحق أن يضمنه .

ولأن الحق في الذمة لا يتعين بالدفع ، فكان له اتباع الذمة ، فأما الوكيل فإنما قبض مال الدافع ، فلا سبيل للغريم عليه .

---

(١) لفظ : [قد] ساقط من (ع) .

(٢) راجع المصادر في المسألة السابقة ، روضة القضاة (٦٥٧/٢) ، المسألة (٣٧٢٢) ، بدائع الصنائع (٢٦/٦) ، البناية مع الهداية (٣٦٧/٨ ، ٣٦٨) ، تكملة فتح القدير مع الهداية (١٢٦/٨) ، وما بعدها ، مجمع الأنهر (٢٣٤/٢ ، ٢٣٥) ، لسان الحكام مع معين الحكام ص٢٥٢ ، الدر المختار بهامش رد المحتار (٤٣١/٤) ، مجمع الضمانات ص٢٥٣ .

(٣) في (م) : [اخيار] .

(٤) قال المزني في مختصره : « ولو كان لرجل على رجل حق ، فقال له رجل : وكلني فلان بقبضه منك فصدقه ودفعه وتلف وأنكر رب الحق أن يكون وكله ، فله الخيار ، فإذا أغرم الدافع لم يرجع الدافع على القابض ، لأنه يعلم أنه وكيل بريئ وإن أغرم القابض لم يكن له أن يرجع على الدافع ، لأنه يعلم أنه مظلوم بريئ » . راجع : مختصر المزني « كتاب الوكالة » ص١١١ ، المهذب مع تكملة المجموع الثانية « كتاب الوكالة » (١٥١/١٤ ، ١٥٣ ، ١٥٤) ، حلية العلماء (١٥١/٥ ، ١٥٢) ، فتح العزيز مع الوجيز ، الباب السابق ، بذيل المجموع (٨٤/١١ ، ٨٥) . لم نقف على هذه الجزئية في كتب المالكية بعد ، وقال الحنابلة مثل قول الحنفية إن كان المدفوع عينًا ، فلصاحبها الرجوع ببدلها على من شاء منهما ، وإن كان دينًا لم يرجع إلا على الدافع وحده . راجع تفصيل المسألة في : المغني « كتاب الوكالة » (١١٥/٥ ، ١١٦) ، الإنصاف « باب الوكالة » (٤٠٤/٥) .

(٥) في (ص) : [لم يبرأ] ، وفي (م) : [لم يبر] .

(٦) في (م) ، (ع) : [وأمر] بدون الهاء .

١٥٣٥٤ - احتجوا : بأن الوكيل اعترف [١] بأنه قبض مال صاحب الحق وأنه ائتمنه عليه ، وقوله في الأمانة لا يقبل ، وقبل قوله في قبضه إياه بغير أمره ، فضمن .

١٥٣٥٥ - قلنا : إنما أقر أنه قبض ماله وكذبه في هذا الإقرار ، لأن هناك قبض ملك المالك بغير أمره على وجه التعدي ، فكان له أن يضمنه .

* * *

(١) لفظ : [اعترف] ساقط من (ع) .


مسألة ٧٦٥

الحكم فيما إذا وكله ببيع فاسد فباع بيعاً صحيحًا

١٥٣٥٦ - قال أبو حنيفة ، وأبو يوسف : إذا وكله [١] ببيع فاسد فباع بيعا صحيحا جاز .

١٥٣٥٧ - وقال محمد : لا يجوز [٢] ، وبه قال الشافعي .

١٥٣٥٨ - قالوا : إن وكله ببيع عبد بثمن [٣] نَسَاءً فباعه بمثل [٤] ثمن النساء نقدًا ففيه وجهان : أحدهما : يجوز ، والآخر : لا يجوز [٥] .

١٥٣٥٩ - لنا : أنه أمره ببيع بشرط [٦] ، فملك أن يبيع بيعًا صحيحًا ، كما لو أمره بالبيع [٧] بشرط العتق .

١٥٣٦٠ - ولأنه إذا أمره بالبيع إلى العطاء فقد وكله ببيع عين بثمن مؤجل ، فجاز بهذا التوكيل البيع بأجل .

١٥٣٦١ - ولأنه إذن في البيع لو عري عن شرط التأجيل ملك به البيع [٨] . أصله : إذا قال : بع بكل مالي بأي أجل شئت .

١٥٣٦٢ - ولأنه وكل ببيع بثمن مؤجل ، فإذا باع بثمن حالٍّ [٩] جاز ، كما لو

---

(١) في (ص) ، (م) : [وكل] بدون الهاء .

(٢) راجع المسألة في : المبسوط « باب من الوكالة بالبيع والشراء » (٥٦/١٩) ، بدائع الصنائع ، الفصل السابق (٢٩/٦) .

(٣) لفظ : [بثمن] ساقط من (ع) ، ومن صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش .

(٤) في (م) ، (ع) : [مثل] بدون الباء .

(٥) راجع المسألة في : المهذب مع تكملة المجموع الثانية « كتاب الوكالة » (١٢١/١٤ ، ١٣٦) ، النكت في « مسائل الوكالة » ، ورقة (١٦٥أ) ، حلية العلماء « كتاب الوكالة » (١٢٤/٥ ، ١٢٥ ، ١٣٧) ، فتح العزيز « كتاب الوكالة » ، « الباب الثاني في حكم الوكالة » (٥٧/١١) . ولم نهتد إلى هذه المسألة في كتب المالكية بعد . وقال الحنابلة مثل قول محمد والشافعي : إن وكله في بيع فاسد فباع بيعا صحيحا ، لم يصح . راجع المسألة في : المغني « كتاب الوكالة » (١٣٢/٥) ، الكافي لابن قدامة « كتاب الوكالة » (٢٤٤/٢) ، الإنصاف « باب الوكالة » (٣٩٢/٥) .

(٦) في (م) ، (ع) : [شرط] بدون الباء .

(٧) في (ع) : [ببيع] .

(٨) في (م) ، (ع) : [المبيع] .

(٩) قوله : [مؤجل فإذا باع بثمن] ساقط من صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش ، وما بين المعكوفتين : ساقط من (م) ، (ع) .

وكله ببيع إلى أجل صحيح فباعه بمثل ثمن النساء نقدًا .

١٥٣٦٣ – فإن نازعوا في الأصل : دللنا عليه بأنه حصل له العوض وهو زيادة الثمن وزاده خيرًا بأن أسقط التأجيل ، فصار كما لو وكله ببيع بمائة [1] فباعه بمائتين ، وهذه المسألة مبنية على أن البيع [2] الفاسد يقع به الملك ، كما يقع في الصحيح .

١٥٣٦٤ – وقد دللنا على هذه المسألة ، فنقول : ملكه بالتمليك على وجه البيع فجاز أن يملك به البيع على الوجه المأمور به ، وزاده خيرًا فوجب أن يجوز . ولا يجوز على الوجه الأول إذا وكله أن يبيع ويشترط الخيار للآمر لأنه يملك بهذا التوكيل البيع الصحيح .

١٥٣٦٥ – ولا يلزم على الثاني : إذا وكله أن يبيع بخمر فباعه بدراهم ، لأنه لم يعقد على الوجه المأمور به ، بل خالف في جنس الثمن .

١٥٣٦٦ – فإن قيل : البيع الفاسد لا يقع الملك بعقده .

١٥٣٦٧ – قلنا : يقع [3] الملك بالعقد إذا سلم [4] المبيع أولًا على وجه السوم ثم باعه ، وعموم التوكيل يقتضي ذلك .

١٥٣٦٨ – فإن قيل : البيع الفاسد لا ينبرم ، بل يثبت فيه حق الفسخ لكل واحد منهما ، فإذا باع بيعًا صحيحًا فقد خالف في صفة العقد .

١٥٣٦٩ – قلنا : البيع الفاسد قد [5] لا يثبت فيه الفسخ ، مثل أن يوكله ببيع عبد فيبيعه [6] من أبيه أو ممن حلف بعتقه ، أو يوكله ببيع عين من الأعيان من رجل قد أقر أنها لغير مالكها [7] ، فلا يثبت حق الفسخ في هذا .

ولأن حق المقر له تعلق به .

١٥٣٧٠ – احتجوا : بأن كل من لم يملك [8] البيع على الوجه المأمور به لم يملكه على غير الوجه المأمور به ، كتوكيل المراهق [9] .

---

(١) في (م) ، (ع) : [مائة] بدون الباء .

(٢) لفظ : [البيع] ساقط من صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش .

(٣) في (م) ، (ع) : [قد يقع] ، بزيادة : [قد] .

(٤) في (ع) : [أسلم] .

(٥) لفظ : [قد] ساقط من (ع) .

(٦) في (م) ، (ع) : [فبيعه] .

(٧) لفظ : [لغير] ساقط من (م)، (ع) ، ومن صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش ، وفي (م) ، (ع) : [لمالكها] ، بزيادة اللام .

(٨) في (ع) : [لا يملك] .

(٩) قاعدة : « كل من لم يملك البيع على الوجه المأمور به لم يملكه عبى غير الوجه المأمور به كتوكيل المراهق » .

١٥٣٧١ - قلنا : المراهق وكله بالتمليك وَشَرَطَ الفَسَادَ ، وهو يملك [1] التمليك ولا يملك الأمر بالفساد ؛ فجاز تصرف الوكيل فيما يملكه الموكل ، وذلك كما لو وكله ببيع عبده وعبد غيره ، وأما [2] المراهق فلا يملك ما وكل فيه ولا شيئًا منه ؛ فلم يجز تصرف وكيله عليه .

١٥٣٧٢ - قالوا : وكالة لا تتضمن [3] بيعًا شرعيًا ؛ فلا يملك بها البيع الشرعي ، كما لو وكله بالشراء [4] لم يملك البيع .

١٥٣٧٣ - قلنا : لا نسلم أن الوكالة لا تتضمن [5] البيع الشرعي ، لأنها تضمنت التمليك على وجه البيع ، وتضمنت الفساد ، وهو معنى زائد على البيع ، والوكالة بالشراء لم تتضمن [6] البيع بوجه ، فلذلك لا يملكه .

١٥٣٧٤ - قالوا : وكله ببيع عبد آبق .

١٥٣٧٥ - قلنا : وكل بالبيع والتسليم وإن كان البيع لا يوجب ذلك ، فإذا باع وسلم فقد فعل ما وكله به ، فأما إذا وكله ببيع عبده الآبق [7] فحضر العبد ، جاز له بيعه بتلك الوكالة ووجب له تسليمه .

١٥٣٧٦ - قالوا : البيع إلى العطاء لا يملك الموكل توكيله به ، فلم يصح ، كما لو وكله ببيع عبد لغيره .

١٥٣٧٧ - قلنا : الموكل لا يملك هذا البيع ، فإذا فعل وقع به التمليك ، فوكيله في حكمه .

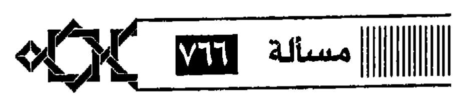
١٥٣٧٨ - ولأنه ملك البيع والتأجيل ولا يملك جهالة الأجل ، فينتقل إلى وكيله ما يملك دون ما لا يملك .

١٥٣٧٩ - قالوا : وكيل ببيع فاسد ، فلا يملك به بيعًا صحيحًا ، كمن وكله ببيع خمر بدراهم .

١٥٣٨٠ - قلنا : الوصف غير مسلَّم في الأصل ، لأن الوكيل لو أمر ذميًا فباعه [8] من ذمي بخمر بمشهد منه جاز ، وهو بيع صحيح عندنا ، وإنما لا يملك أن يبيع بالدراهم ؛ لأنه خالف في جنس الثمن ، فهو كما لو أمره أن يبيع بالحنطة ، فباعه بالشعير .

* * *

(١) في (ع) : [بملك] .
(٢) في (م) ، (ع) : [فأما] .
(٣) في (م) : [لا يتضمن] .
(٤) في (م) ، (ع) : [للشرى] .
(٥) في (م) : [لا يتضمن] .
(٦) في (م) ، (ع) : [لم يتضمن] .
(٧) في (م) : [عبد الآبق] ، وفي (ع) : [عبد آبق] .
(٨) قوله : [فباعه] ساقط من (م) ، (ع) .



من تتعلق به حقوق العقد

١٥٣٨١ – قال أصحابنا : حقوق العقد تتعلق [1] بالوكيل ، فإذا باع فله أن يطالب بالثمن دون الموكل ، وعليه تسليم المبيع ، وإذا ابتاع فعليه تسليم الثمن ، وضمان العهدة عليه ، وهو المخاصم في العيب [2] [3] .

١٥٣٨٢ – وقال الشافعي : إذا باع الوكيل [4] فالمطالبة بالثمن لموكله وله [5] . وإذا ابتاع ففي أي ذمة يثبت الثمن ، فيه ثلاثة أوجه ، أحدها : الثمن وجب على الموكل ، والوكيل ضامن له عن الموكل وللبائع مطالبة أيهما [6] شاء . والوجه الثاني : الثمن يتعلق بذمة الوكيل وحده ولا مطالبة على الموكل حتى يزن [7] الوكيل الثمن ويرجع [8]

---

(١) في (م) : [يتعلق] .

(٢) قاعدة : « حقوق العقد تتعلق بالوكيل ، فإذا باع فله أن يطالب بالثمن دون الموكل ، وعليه تسليم المبيع ، وإذا ابتاع فعليه تسليم الثمن ، وضمان العهدة عليه وهو المخاصم في العيب » .

(٣) قال القدوري في مختصره ص٥٤ : « والعقود التي يعقدها الوكلاء على ضربين ، فكل عقد يضيفه الوكيل إلى نفسه ، مثل البيع والإجارة فحقوق ذلك العقد تتعلق بالوكيل دون الموكل ، فيسلم المبيع ويقبض الثمن ويطالب بالثمن إذا اشترى ويقبض المبيع ويخاصم بالعيب ، وكل عقد يضيفه إلى موكله ، كالنكاح والخلع والصلح من دم العمد ، فإن حقوقه تتعلق بالموكل دون الوكيل » . راجع المسألة في : مختصر الطحاوي « كتاب الوكالة » ص١٠٩ ، روضة القضاة « كتاب الوكالة » (٦٤٥/٢) ، المسألة (٣٦٣١) ، تحفة الفقهاء « كتاب الوكالة » (٢٣٥/٣) ، إيثار الإنصاف في آثار الخلاف « كتاب البيوع » ص٣١٦ ، ٣١٧ ، بدائع الصنائع ، الفصل السابق (٣٣/٦) ، البناية مع الهداية « كتاب الوكالة » (٢٧٧/٨ ، ٢٧٨) ، تكملة فتح القدير مع الهداية وبذيلة العناية « كتاب الوكالة » (١٥/٨ – ١٧) ، مجمع الأنهر « كتاب الوكالة » (٢١٤/٢ ، ٢١٥) ، حاشية ابن عابدين مع الدر المختار « كتاب الوكالة » (٤١٨/٤ ، ٤١٩) ، مجمع الضمانات ، الباب السابق ص٢٤٣ .

(٤) لفظ : [الوكيل] ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش .

(٥) قوله : [بالثمن] ساقط من صلب (ص) ، واستدركه المصنف في الهامش ، وقوله : [وله] ساقط من (ع) .

(٦) في (م) : [أيتهما] .

(٧) أي ينقد ، قال المطرزي : [يقال : وزنت له الدراهم فاتزنها ، كقولك : نقدتها فانتقدها] . راجع : المغرب ص٤٨٣ ، لسان العرب ، مادة : [وزن] (٤٨٢٨/٦) .

(٨) في (م) ، (ع) : [ورجع] .

حينئذٍ . والوجه الثالث : الثمن في ذمة الوكيل ويثبت مثل ذلك للوكيل [١] في ذمة موكله ، ويكون للبائع مطالبة الوكيل ، فإذا طولب كان له مطالبة موكله [٢] بخلاصه .

١٥٣٨٣ - للوكيل بالبيع تسليم المبيع . وفي قبض الثمن وجهان : له ذلك . وإذا سلم [٣] الثمن وقدر على قبض المبيع فلم يقبضه ؛ ضمن ، والثاني : ليس له ذلك [٤] .

١٥٣٨٤ - لنا : أن كل من لزمه تسليم الثمن بالعقد كانت [٥] له حقوق العقد المتعلقة به ، والعهدة عليه . أصله : من اشتري لغيره ولم يضف العقد إليه ولم يصدقه البائع أنه اشتراه لغيره .

١٥٣٨٥ - ولا يلزم : الصبي ، والعبد ، لأن التسليم لا يجب عليه بعقده في الحال ، [ولا عهدة عليه في الحال] [٦] ، فإذا عتق وجب عليه تسليم الثمن والعهدة .

١٥٣٨٦ - ولا يلزم : القاضي ، وأمينه ؛ لأن الثمن لا يجب بالعقد ، وإنما يجب عليهم بالولاية . ألا ترى : أن العقد لو تولاه غيرهم وجب عليه [٧] تسليم الثمن .

١٥٣٨٧ - فإن قيل : لا نسلم أن تسليم الثمن وجب بالعقد ، وإنما وجب بالضمان .

---

(١) في (م) ، (ع) : [وثبت للوكيل مثل ذلك] ، مكان المثبت .

(٢) في (م) ، (ع) : [طولت] ، مكان : [طولب] ، وما بين المعكوفتين : مكرر في (م) .

(٣) في (ع) : [أسلم] .

(٤) لفظ : [ليس] ساقط من (م) ، (ع) . راجع تفصيل المسألة في : المهذب مع تكملة المجموع الثانية « كتاب الوكالة » (١٣٤/١٤ ، ١٣٥) ، فتح العزيز مع الوجيز ، الباب السابق ، بذيل المجموع (٣٣/١١ ، ٣٤ ، ٦٢ ، ٦٣) ، حلية العلماء « كتاب الوكالة » (١٣٥/٥) . قال التسولي في البهجة : « أن من وكل على بيع مبيع فباعه ، فإذا عليه أن يقبض ثمنه إذا أغفل الموكل قبض الثمن ، أي سكت عنه ، لأنه كما عليه تسليم المبيع عليه قبض ثمنه ، وإن وكل الشراء فعليه قبض السلعة أيضًا ، فإن لم يفعل حتى تعذر القبض ضمن فيهما ، وهذا ما لم يبعه لأجل بنص من الموكل ، وإلا فلا يقبضه إلا بتوكيل مستأنف » ، قال ابن فرحون في التبصرة نقلًا عن ابن يونس : « الوكلاء على ثلاثة أضرب : وكيل مفوض إليه ووصي ، فعلى هذين العهدة واليمين ، ووكيل غير مفوض إليه ، فعليه العهدة ، إلا إن أخبر أنها لغيره ، فإن أخبر بذلك فلا عهدة عليه ولا يمين ، ونخاسون وسماسرة فهؤلاء لا عهدة عليهم ولا يمين » . راجع تفصيل المسألة في : شرح الزرقاني « باب صحة الوكالة » (٧٧/٦) ، تبصرة الحكام « فصل الوكالة جائزة بعوض أو بغير عوض » (١٢٧/١) ، البهجة في شرح التحفة « باب الوكالة » (٢١٣/١) . وقال أحمد ، وأصحابه : حقوق العقد متعلقة بالموكل على الإطلاق . راجع المسألة في : الإفصاح « باب الوكالة » (٢٠٩/١) ، الإنصاف « باب الوكالة » (٣٧٥/٥) .

(٥) في (م) ، (ع) : [كان] .

(٦) ما بين المعكوفتين : ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش .

(٧) في (م) ، (ع) : [أن العقد تولاه به غيرهم وجب عليهم] ، مكان المثبت .

١٥٣٨٨ - قلنا : لم يجز بين الوكيل والبائع [١] إلا عقد الشراء .

ولأن من يجب عليه الثمن إذا قبل البيع تعلقت حقوقه به ، أصله : من ابتاع لنفسه ، وإذا أمره أن يشتري بالدراهم فابتاع بالدنانير .

١٥٣٨٩ - ولا يلزم : القاضي ، وأمينه ، والصبي المحجور عليه ، لأن الثمن لا يلزمهم ولا يلزم العبد المحجور ، لأن الحقوق تتعلق [٢] به ، لكنها تتأخر ، لأن العهدة حكم من أحكام بيع الوكيل المكلف ، فوجب أن يتعلق به . أصله : تسليم المبيع والثمن .

ولأن عقد الصرف [٣] يصح من الوكيلين مع غيبة موكليهما [٤] ، فلو لم تتعلق الحقوق بهما لم ينعقد الصرف [٥] ، كما لا ينعقد بالرسولين .

١٥٣٩٠ - فإن قيل : حقوق الصرف [٦] لا تتعلق بهما ، وإنما يعتبر محلهما [٧] ، لأنهما أوجبا العقد .

١٥٣٩١ - قلنا : لولا أن حقوق العقد تعلقت بهما / لم يؤثر تفرقهما [٨] ، كالرسولين . ١٧٦/ب

١٥٣٩٢ - قالوا : القاضي إذا عقد الصرف اعْتُبِرَ المجلس ، ولم تتعلق الحقوق به .

١٥٣٩٣ - قلنا : من أصحابنا من قال : إن الحقوق تتعلق [٩] به إلا أنه لا يلزمه الضمان .

١٥٣٩٤ - احتجوا : بأن الثمن حق الموكل يجوز لوكيله المطالبة به ؛ فجاز للموكل أن يطالب به . أصله : سائر حقوقه .

١٥٣٩٥ - قلنا : الوصف غير مسلَّم ؛ لأن الثمن حق الوكيل عندنا يتعين به حق الموكل . ولهذا تجوز [١٠] البراءة منه .

١٥٣٩٦ - وقولهم : « يجوز لوكيله المطالبة به » ، لا نسلمه ؛ لأن الوكيل لا يطَالبُ بالثمن بمقتضى الوكالة ، وإنما يطالب بحكم عقده ، ولهذا لو عزله الموكل عن المطالبة

---

(١) في (م) ، (ع) : [من] ، مكان : [بين] ، وفي (م) : [الوكيل البائع[بدون الواو .
(٢) لفظ : [تتعلق] ساقط من (م) ، (ع) .
(٣) في (م) ، (ع) : [التصرف] .
(٤) في (م) ، (ع) : [موكلهما] .
(٥) في (م) ، (ع) : [التصرف .
(٦) في (م) ، (ع) : [التصرف] .
(٧) أي مجلسهما .
(٨) في (م) ، (ع) : [لم ينعقد التصرف مؤثر تفرقهما] ، مكان : [لم يؤثر تفرقهما] .
(٩) في (م) : [يتعلق] .
(١٠) في (م) : [يجوز] .

لم ينعزل .

١٥٣٩٧ - قالوا : لما جاز للموكل مطالبة وكيله إذا قبضه كان له مطالبة من حل محله قبل قبض وكيله ، قياسًا على الوكيل بقبض الدين .

١٥٣٩٨ - قلنا : يبطل إذا أطلق الوكيل العقد ثم زعم أنه باع لغيره ، فلم يصدقه المبتاع .

١٥٣٩٩ - ولأن الوكيل التزم هذا الحق لموكله فملك أن يطالبه ، والمشتري لم يلتزم [١] للموكل حقا ، فلم يملك مطالبته ، ولهذا لو أطلق العقد ثم زعم أنه وكيل غيره فلم يصدقه العاقد معه ، لم يثبت للمقر له مطالبته .

١٥٤٠٠ - فإن قيل : لو قبض الموكل الثمن من المشتري برئ من حق الوكيل ، فدل أن القبض من حقوقه .

١٥٤٠١ - قلنا : قبض ما ليس بحق له إلا أنه لا يفسخ قبضه ، لأنا لو فسخنا وقبضه [٢] الوكيل لتعين في يده للموكل واحتجنا [٣] إلى إعادة قبضه ، ولا معنى لفسخ قبض يجب إعادته في الحال .

١٥٤٠٢ - قالوا : الوكيل نائب عن الموكل في العقد ؛ فوجب أن تثبت الحقوق للمنوب عنه ، كالحاكم .

١٥٤٠٣ - قلنا : الحاكم يعقد [٤] بولاية القضاء ، فلو تعلقت به الحقوق صار خصمًا ، وهذا يبطل معنى الولاية ، فلما أدى تعليق حقوق العقد بها إلى إبطال عقده ، لم تتعلق [٥] . وفي مسألتنا : الوكيل تعليق الحقوق به لا يؤدي إلى إبطال البيع بالوكالة ، لأن الوكيل يجوز أن يكون خصمًا ، فلذلك تعلقت الحقوق به .

* * *

---

(١) في (م) ، (ع) : [لم يلزم] .

(٢) في (م) : [وقبض] بدون الهاء .

(٣) في (م) : [احتمال] ، وفي (ع) : [احتاج] ، مكان : [احتجنا] .

(٤) في (م) ، (ع) : [ينعقد] .

(٥) في (م) ، (ع) : [لم يتعلق] .


مسألة ٧٦٧

هل الملك ينتقل للوكيل أو للموكل ؟

١٥٤٠٤ – كان الشيخ أبو الحسن [١] يقول : إن الملك المنتقل في الشري ينتقل [٢] للوكيل ملكًا غير مستقر ، وينتقل منه إلى الموكل .

١٥٤٠٥ – وقال أبو طاهر [٣] : الملك بالعقد ينتقل ابتداءً إلى الموكل .

وأما الحاكم وأمينه : فمن أصحابنا من قال : لا ينتقل الملك إليهما ، وكان الشيخ أبو عبد الله [٤] يقول : ينتقل الملك إلى القاضي ، إلا أن الحقوق لا تتعلق به [٥] .

١٥٤٠٦ – وقال الشافعي رحمه الله : ينتقل [٦] الملك ابتداءً إلى الموكل [٧] .

لنا : أن من [٨] لزمه تسليم ثمن المبيع [٩] ، دخل البيع في ملكه [١٠] ، أصله : إذا اشترى لنفسه ، وإذا وكله في شراء [١١] عبد بمائة فاشتراه في صفقتين .

١٥٤٠٧ – ولا يلزم : القاضي ؛ لأن تسليم الثمن يلزمه بالولاية لا بالبيع .

١٥٤٠٨ – ولأنه مكلف اشترى ما وكل في شرائه ، فانتقل الملك إليه . أصله : إذا وكله أن

---

(١) هو عبيد الله ، أبو الحسن الكرخي : تقدمت ترجمته في مسألة (١٠٠) ، وتكرر ذكره في أماكن عديدة .

(٢) في (م) ، (ع) : [المنقل في الشري ينقل] ، مكان المثبت .

(٣) راجع ترجمته في مسألة (٣٠٢) .

(٤) سبقت ترجمته في مسألة (٤١٩) .

(٥) في (م) : [لا يتعلق به] . وفي الدر المختار : [والملك يثبت للموكل ابتداء في الأصح] . راجع تفصيل المسألة في : روضة القضاة [كتاب الوكالة] (٦٤٥/٢) ، المسألة (٣٦٣٢) ، البناية مع الهداية [كتاب الوكالة] (٢٧٨/٨ ، ٢٧٩) ، تكملة فتح القدير مع الهداية ، وبذيله العناية [كتاب الوكالة] (١٧/٨ ، ١٨) ، مجمع الأنهر [كتاب الوكالة] (٢١٥/٢) ، الدر المختار بهامش رد المحتار (٤١٩/٤) .

(٦) في (م) ، (ع) : [ينقل] .

(٧) راجع المسألة في : المهذب مع تكملة المجموع الثانية « كتاب الوكالة » (١٤٦/١٤ ، ١٤٧ ، ١٤٨) ، فتح العزيز الباب السابق ، بذيل المجموع (٦٢/١١) ، حلية العلماء « كتاب الوكالة » (١٤٥/٥) . وقال المالكية ، والحنابلة ، مثل قول الشافعي : الملك في الشراء ينتقل إلى الموكل دون الوكيل . راجع المسألة في : بداية المجتهد « كتاب الوكالة » ، « الباب الثاني في الأحكام » (٣٢٨/٢) ، المغني « كتاب الوكالة » (١٤١/٥ ، ١٤٢) ، الكافي لابن قدامة « كتاب الوكالة » (٢٥٠/٢) ، الإنصاف « باب الوكالة » (٣٧٥/٥) .

(٨) لفظ : [من] ساقط من (م) .

(٩) في (م) ، (ع) : [المبيع به] ، بزيادة : [به] .

(١٠) قاعدة : « من لزمه تسليم ثمن المبيع دخل المبيع في ملكه » .

(١١) في (م) ، (ع) : [شرى] .

يشتري بمائة دينار ، وهذا أصل مركب ، لأن الحسن روى عن أبي حنيفة : أن الشري للموكل .

ولأنه أضاف الشراء [1] إلى نفسه إضافة صحيحة من غير ولاية ، فلم ينتقل الملك بالعقد إلى غيره . أصله : إذا اشترى لنفسه .

١٥٤٠٩ – ولا يلزم : الصبي المحجور ؛ لأن إضافته ليست بصحيحة [2] ، بدلالة : أنه لا يملك الإضافة .

١٥٤١٠ – ولا يلزم : القاضي ، وأمينه ؛ لأنهما يتصرفان بولاية . هذا على طريقة من يقول : إن الملك لا ينتقل إلى القاضي ، فإن عللت على طريقة من يقول : إن الملك ينتقل إلى القاضي [3] فأسقط من الولاية .

١٥٤١١ – ولأن الملك لو لم ينتقل [4] إلى الوكيل لم يضف العقد إلى نفسه كالوكيل بالنكاح إذا خالف لم يلزمه العقد ؛ لأن المعقود عليه لا ينتقل إليه [5] عند موافقة الأمر .

١٥٤١٢ – فإن قيل : إنما [6] لا يلزم النكاح مع الخلاف ، لأن لفظ العقد لا يصلح له ، ولما صلح [7] لفظ البيع له انتقل مع الخلاف إليه .

١٥٤١٣ – قلنا : هذا دليلنا أن الملك لو لم ينتقل إلى الوكيل لم يجز أن يعقده بلفظ يصلح له ، كالرسول بالعقد ، وكالوكيل بالنكاح .

١٥٤١٤ – احتجوا : بأنه يقبل لغيره عقدًا صح له ؛ فوجب أن ينتقل [8] الملك إلى المقبول له ، لا إلى القابل ، كالوكيل بالنكاح .

١٥٤١٥ – قلنا : النكاح لا ينتقل [9] الملك فيه إلى الإنسان ، ثم ينتقل من جهته إلى غيره ، فلذلك انتقل إلى الموكل ابتداءً والبيع فيه إلى الإنسان ثم ينتقل من جهته إلى غيره ، فجاز أن ينتقل [10] بالعقد إلى الوكيل ، ثم ينتقل منه إلى غيره .

---

(١) في (م) ، (ع) : [أصاب الشرى] . (٢) في (م) ، (ع) : [صحيحة] بدون الباء .

(٣) ما بين المعكوفتين : ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش .

(٤) في (م) ، (ع) : [لم ينقل] .

(٥) في (م) ، (ع) : [لا ينقل إلى غيره إليه] ، بزيادة : [إلى غيره] .

(٦) في (م) ، (ع) : [إن ما] ، مكان : [إنما] .

(٧) في (م) ، (ع) : [حصل] ، مكان : [صلح] .

(٨) في (م) ، (ع) : [أن ينقل] . (٩) في (م) ، (ع) : [لا ينقل] .

(١٠) ما بين المعكوفتين : ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش ، وفي (م) : [أن ينقل] .

١٥٤١٦ – ولأن [١] العاقد لغيره النكاح لا يجوز أن ينتقل الملك إليه مع المخالفة (فلم يجز) [٢] أن ينتقل [٣] إليه مع الموافقة .

١٥٤١٧ – ولا يلزم : الحاكم ، لأنه لا يجوز أن ينتقل [٤] إليه مع الموافقة إذا عقد بوكالة .

١٥٤١٨ – ولأن العاقد في النكاح يضيف [٥] العقد إلى غيره ، فوقع الملك لمن أضيف العقد إليه ، والعاقد في الشراء يضيف العقد إلى نفسه فوقع الملك بعقده لمن أضيف إليه [٦] .

١٥٤١٩ – ولا يلزم : الحاكم ، وأمينه ، والمحجور عليه ؛ لأن الملك ينتقل إليهم على قول بعض أصحابنا .

١٥٤٢٠ – قالوا : قبل لغيره عقدًا صح له ، فوجب أن ينتقل [٧] فيه إلى المقبول له ، أصله : الأمين .

١٥٤٢١ – قلنا : انتقال الملك إلى الموكل إجماع ، وموضع الخلاف : هل ينتقل إلى العاقد أوَّلًا ، أو لا ؟ .

١٥٤٢٢ – ولأن الأصل غير مسلَّم على ما بينا ، ومن سلم ذلك من أصحابنا يقول : الأمين قائم مقام القاضي ، وهو يتصرف بولاية الحكم ، فلو ملك ما يتصرف فيه بطل معنى الولاية [٨] ، فلم يجز عقده ، وهذا لا يوجد في الوكيل .

١٥٤٢٣ – قالوا : الرجل يوكل بالبيع تارةً وبالشراء أخرى ، فلما كان الوكيل بالبيع لا ينتقل الملك إليه ، كذلك الوكيل بالشراء .

١٥٤٢٤ – قلنا : لا نسلم أن الوكيل بالبيع يحل الثمن بعقده ثم [٩] يملك الثمن من جهته ، فلا فرق بينهما .

١٥٤٢٥ – فإن قالوا : إنه لا يملك المبيع [١٠] .

١٥٤٢٦ – قلنا : العاقد لا يملك بالعقد ما يملكه غيره ، وإنما يملك البدل الذي من جهة غيره .

١٥٤٢٧ – قالوا : لو ملك المبيع لكان إذا وكّل بشراء ابنه يعتق [١١] عليه .

---

(١) في (ع) : [لان] ، بدون العطف .
(٢) ما بين القوسين بدل : « جاز » المثبتة في النسخ .
(٣) في (م) ، (ع) : [أن ينقل] .
(٤) في (م) ، (ع) : [أن ينقل] .
(٥) في (م) : [نصف] ، وفي (ع) : [يضف] .
(٦) ما بين المعكوفتين : [ساقط من (م) ، (ع) .
(٧) في (م) ، (ع) : [أن ينقل] .
(٨) ما بين المعكوفتين : ساقط من (ع) .
(٩) في (ص) : [تم] بالتاء .
(١٠) في (م) ، (ع) : [البيع] .
(١١) في (م) : [بعتق] .

١٥٤٢٨ - قلنا : يملكه ملكًا غير مستقر ، والعتق لا يقع إلا في ملك [(١)] مستقر ، ألا ترى : أنه إذا ملك ابنه وقع عليه الملك ثم العتق [(٢)] في الحالة الثانية بالملك ، وفي مسألتنا يتلو [(٣)] ملك الوكيل الانتقال ، فلا يستقر الملك [(٤)] في حالة الوقوع .

١٥٤٢٩ - قالوا : من اشترى أباه عتق عليه قبل قبضه ، وإن كان الملك لم يستقر .

١٥٤٣٠ - قلنا : لم نرد بالاستقرار تمام الملك ، وإنما أردنا به ما فسرناه . وقبل القبض يملك ويستقر ملكه بالحالة الثالثة للمالك إلا أن يطرأ [(٥)] على الملك ما ينافيه [(٦)] ، فاستقر بمعنى بقي [(٧)] على ما كان عليه ، فوقع العتق عليه .

١٥٤٣١ - قالوا : لو وكَّل رجل عبدًا يشتري له نفسه من مولاه لم يعتق ، ولو كان الملك بالعقد ينتقل إلى ملك [(٨)] العاقد لعتق .

١٥٤٣٢ - قلنا : هذا على وجه إن أضاف العقد إلى نفسه ولم يذكر الآمر عتق ؛ لأن المولى قصد العتق . وإن أضاف العقد إلى الآمر : لم يعتق ، لأنه يصير كالرسول بالبيع ، وكالوكيل بالنكاح ، فلا ينتقل [(٩)] الملك إليه .

١٥٤٣٣ - قالوا : إذا وكله بشراء عبد زيد بثوبه [(١٠)] ففعل ، فقد ملك زيد الثوب من جهة الوكيل ، وملك الموكل العبد الذي هو عوضه من جهة زيد في مقابلة ملك العوض .

١٥٤٣٤ - قلنا : زيد يملك الثوب عن المِلْك الموكَّل بتمليك الموكل إياه ، فيجب أن يملك العبدَ في مقابلة الثوب بتمليك الوكيل أيضًا ، والوكيل لا يملك التصرف في العبد ؛ لأن مالكه لم يجعل له التصرف فيه ، فلم يبق إلا أن ينتقل إليه حتى يملكه الموكل من جهته ، كما ملك زيد الثوب من الموكل بتمليك الوكيل ، وليس يمتنع عنده أن يملك العوض من ملك إنسان ويملك بعوضه غيره ، كمن قال : اشترِ عبد فلان لنفسك بثوبي [(١١)] ، جاز ذلك ، ويصير مقرضًا للثوب .

---

(١) في (م) : [إلى] ، مكان : [إلا] ، وما بين المعكوفتين : ساقط من صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش .

(٢) في (م) ، (ع) : [عتق] ، بدون : [ال] .

(٣) في (ص) : [لو] ، مكان : [يتلو] .

(٤) لفظ : [الملك] ساقط من صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش .

(٥) في (م) ، (ع) : [مطري] .

(٦) في (م) ، (ع) : [بما ينافيه] .

(٧) في (م) : [نفي] .

(٨) لفظ : [ملك] ساقط من (م) ، (ع) .

(٩) في (م) ، (ع) : [والوكيل بالنكاح فلا ينقل] .

(١٠) الثوب هو الثمن في هذه المسألة .

(١١) في (م) : [يتولي] ، مكان : [بثوبي] .



إبراء الوكيل المشتري من الثمن

١٥٤٣٥ - قال أبو حنيفة ، ومحمد : إذا باع الوكيل ثم أبرأ من الثمن جازت [١] براءته ، وضمن للموكل .

١٥٤٣٦ - وقال أبو يوسف : لا تصح براءته [٢] ، وبه قال الشافعي [٣] .

١٥٤٣٧ - لنا : أنه دين يقبل الإبراء وجب ببيعه [٤] ، فكان له البراءة فيه إذا كان من أهل البراءة . أصله : إذا باع ملك نفسه .

١٥٤٣٨ - ولا يلزم : القاضي ؛ لأن الثمن الذي يجب بعقده لا يحتمل الإبراء .

ولأنه معنى يملكه الموكل ، فسقط به الثمن من ذمة المشتري ، فجاز أن يملكه الوكيل ، أصله : الرد بالعيب والاستيفاء .

١٥٤٣٩ - ولا يلزم : الإقالة ؛ لأن الوكيل يملكها عندنا ، ولأنها فسخ ، وهو يملك الفسخ .

ولأن كل من لزمه تسليم المبيع في البيع [٥] كان له البراءة من ثمن المبيع في الشراء من غير ولاية له [٦] أو عليه ؛ أصله : من باع ملك نفسه ، أو إذا وكله بالإبراء .

---

(١) في (م) ، (ع) : [جاز] .

(٢) في (م) : [لا يصح] . وقد ذكر في أغلب كتب الحنفية قول محمد مع قول أبي حنيفة في هذه المسألة ، وذكر في تحفة الفقهاء وبدائع الصنائع قول محمد فيها مثل أبي يوسف ، خلافًا لأبي حنيفة . راجع تفصيل المسألة في : المبسوط « باب الوكالة على الدار وقبض الغلة والبيع » (٣٥/١٩) ، تحفة الفقهاء « كتاب الوكالة » (٢٣٥/٣ ، ٢٣٦) ، بدائع الصنائع ، الفصل السابق (٢٨/٦) ، البناية مع الهداية « كتاب الوكالة » (٢٨٣/٨) ، تكملة فتح القدير مع الهداية ، وبذيله العناية « كتاب الوكالة » (٢٥/٨) ، مجمع الأنهر « باب الوكالة بالشراء والبيع » (٢٢٧/٢) ، مجمع الضمانات ، الباب السابق ص٢٤٥ .

(٣) راجع المسألة في : المهذب مع تكملة المجموع الثانية « كتاب الوكالة » (١١٥/١٤ ، ١١٦) ، حلية العلماء « كتاب الوكالة » (١٢٤/٥) ، ولم نهتد إلى هذه المسألة في كتب المالكية . وقد ذكر العيني في البناية (٢٨٣/٨) قول مالك : مثل قول أبي يوسف والشافعي : لا يملك الوكيل الإبراء من الثمن ، وبه قال أحمد وأصحابه . راجع المسألة في : المغني « كتاب الوكالة » (١٠١/٥) ، الكافي لابن قدامة « كتاب الوكالة » (٢٤٣/٢ ، ٢٤٤) .

(٤) في (م) ، (ع) : [يتبعه] .

(٥) في (م) ، (ع) : [البيع في المبيع] .

(٦) الزيادة : لمقتضى السياق .

١٥٤٤٠ - ولا يلزم : القاضي ، وأمينه ؛ لأن له ولاية .

١٥٤٤١ - ولا يلزم : المأذون ؛ لأن عليه ولاية .

١٥٤٤٢ - وهذه مبنية على أن حقوق العقد تتعلق [1] بالعاقد ، والدين في الذمة ، هو والمطالبة من حقوق العقد ، والعاقد ممن يملك إسقاط حق نفسه ، والدين يقبل الإسقاط .

١٥٤٤٣ - فإن قيل : الدين في الذمة ، بدلالة : أن الحول ينعقد عليه ويجب فيه الزكاة ، لأنه [2] حق يتعين به في الثاني ، فتجب الزكاة لأجل ذلك .

١٥٤٤٤ - احتجوا : بأنه إبراء من دين لغيره بغير إذنه ، فوجب أن لا يصح . أصله [3] : إذا أبرأه من دين يثبت بعين عقده .

١٥٤٤٥ - قلنا : لا نسلم أنه أبرأ من دين لغيره ، والدين للوكيل [4] وما يتعين به لغيره ، والمعنى / فيما وجب بغير عقده : أن العقد لم يوجب له المطالبة ، فلم يملك بحكم العقد البراءة منه . وفي مسألتنا : دين يحتمل البراءة أوجبه [5] بعقده ، فوجب أن يملك أن يبرئ منه ، كما ملك [6] أن يسقط حقوق نفسه ، بدلالة : أنه لو أذن لرجل في قطع يده ، لم يسقط ما يجب بالقطع . ١٧٧/أ

١٥٤٤٦ - فإن قيل : إنه يملك بالطلاق ، وهو إسقاط حقه .

١٥٤٤٧ - قلنا : لا يملك من حيث الإسقاط ، وإنما يملكه لأنه وقع عقدٌ يَسْقُطُ [7] برفعه حق عليه ، وهو النفقة والقسم ، فصار كالإقالة [8] .

١٥٤٤٨ - قالوا : لا تصح [9] هبة الدين بعد قبضه ، فلا يصح [10] إبراؤه منه [11]

---

(١) في (م) : [يتعلق] . (٢) في (م) : [لأن] بدون الهاء .

(٣) لفظ : [أصله] ساقط من (ع) .

(٤) في (م) : [للوكل] ، وفي (ع) : [للموكل] ، مكان : [للوكيل] .

(٥) في (م) ، (ع) : [وجبه] . (٦) في (م) ، (ع) : [يملك] .

(٧) لفظ : [وقع] ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) ، واستدركه الناسخ الهامش وفي (م) ، (ع) : [شرط] ، مكان : [يسقط] .

(٨) الإقالة في اللغة : الرفع مطلقًا ، مشتقة من [القيل] على الأصح ، وقيل : من [القول] ، وفي الشرع : عبارة عن رفع العقد . راجع : لسان العرب ، مادة : [قيل] (٣٧٩٨/٥) ، المصباح المنير (٤٩٦/٢) ، فتح القدير (٤٨٦/٦) ، مجمع الأنهر (٦٥/٢) ، حاشية ابن عابدين (١٥٠/٤ ، ١٥١) ، أنيس الفقهاء ص٢١٢ .

(٩) في (م) ، (ع) : [لا يصح] . (١٠) في (م) ، (ع) : [ولا يصح] .

(١١) لفظ : [منه] ساقط من (م) ، (ع) .

قبل قبضه أصله : العبد المأذون له ، وولي البكر .

١٥٤٤٩ - قلنا : إذا قبض الدين فقد استوفى الوكيل حقه ، وتعين المقبوض ملكا للموكل ، فلم يملك عليه ، وقبل القبض ليس هناك إلا المطالبة التي قد ثبتت [١] عندنا أنها حق للوكيل بالعقد ، فملك إسقاطها كما يملك إسقاط حقوق نفسه [٢] ، فلا يملك إسقاط ما ثبت له من حق [٣] المطالبة بالعقد ، والوكيل بخلافه .

١٥٤٥٠ - وأما الأب في النكاح فلا يملك المطالبة بالمهر بالعقد ، وإنما يملك عندنا [٤] بالتوكيل ، والوكيل بالقبض لا يملك البراءة .

١٥٤٥١ - فأما الوكيل فمن أصلنا : أنه يملك المطالبة بالثمن بالعقد لا بالولاية ، وليس بمولى عليه ، فملك الإسقاط .

١٥٤٥٢ - قالوا : لو قبض الموكل الثمن أو أبرأ عنه صح ، ولو كانت المطالبة من حقوق الوكيل ، والدين [٥] لم يصح ذلك .

١٥٤٥٣ - قلنا : أما براءة الموكل فلأنه يسقط [٦] بالبراءة ما يتعين له الثاني ، وإسقاط الحقوق عند وجود أسبابها يجوز .

١٥٤٥٤ - وأما القبض فإنه قبض ما ليس بمستحق له ، وإنما لا يفسخ قبضه ، لأنا لو فسخنا قبضه احتجنا أن نعيده به [٧] في الحال ، ولا معنى لفسخ شئ تجب إعادته .

* * *

---

(١) في (ع) : [تثبت] .

(٢) لفظ : [نفسه] ساقط من (م) وفي (ع) : [حقوقه] ، مكان : [حقوق نفسه] .

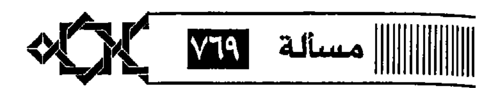
(٣) قوله : [من حق] ساقط من صلب (ص) ، واستدركه المصنف في الهامش .

(٤) قوله : [عندنا] ساقط من (ع) .

(٥) في سائر النسخ : [والدين] .

(٦) في (م) ، (ع) : [فلا يسقط] .

(٧) في (م) : [أن نعيد به] ، وفي غيرها : « أن نعتد به » .



مسألة ٧٦٩

تعليق الوكالة بالشرط

١٥٤٥٥ - قال أصحابنا : يجوز تعليق الوكالة بالشرط ، مثل : أن يقول : إذا جاء رأس الشهر فبع عبدي ، وإذا قدم الحاج فاقبض ديوني [1] .

١٥٤٥٦ - وقال الشافعي : لا يجوز تعليق الوكالة بالشرط ، فإن أطلقها وعلق التصرف بالشرط جاز ، مثل أن يقول : وكلتك بالبيع ، فلا تبع حتى يهلَّ الشهرُ أو يقدم الحاج .

١٥٤٥٧ - قالوا : إذا علق الوكالة بشرط فوجب الشرط ؛ لم يملك الوكيلُ التصرفَ ، فإن تصرف نفذ تصرفه [2] ، فعلى هذا يسقط [3] الخلاف ، إذ لا فائدة فيه إلا العبارة .

١٥٤٥٨ - فإن قيل : فائدته [4] : أنه إذا وكله بأجرة استحق المسمي عندكم ، وعندنا : يستحق أجرة المثل .

١٥٤٥٩ - قلنا : الوكالة بأجرة لا تستحق [5] المسمى ؛ لأن العمل في البيع ، والاقتضاء يقل ويكثر ، وإنما يجب أجرة المثل ، وهذا خلاف لا يعود إلى هذه المسألة .

١٥٤٦٠ - لنا : أنه أذن في التصرف ، فيجوز تعليقه بالشرط . أصله : الولاية . وقد دل على [6] ذلك أنه ﷺ لما جهز جيش مؤتة قدم إمارة زيد بن حارثة ، ثم قال : « إنْ

---

(١) راجع المسألة في : روضة القضاة « كتاب الوكالة » (٦٤٣/٢) ، المسألة (٣٦٧٣) ، بدائع الصنائع « كتاب الوكالة » ، « فصل : وأما بيان ركن التوكيل » (٢٠/٦) ، لسان الحكام مع معين الحكام « الفصل الرابع في الوكالة » ص٢٥٥ ، مجمع الضمانات « الباب التاسع عشر في الوكالة والرسالة » ص٢٦٠ .

(٢) في (م) ، (ع) : [يفسد] ، مكان : [نفذ] . راجع تفصيل المسألة في : المهذب مع تكملة المجموع الثانية « كتاب الوكالة » (١٠٨/١٤ ، ١٠٩) ، حلية العلماء « كتاب الوكالة » (١١٨/٥ ، ١١٩) ، فتح العزيز « كتاب الوكالة » (٢١/١١ ، ٢٢) ، مغني المحتاج « كتاب الوكالة » (٢٢٣/٢) ، نهاية المحتاج « كتاب الوكالة » (٢٨/٥ ، ٢٩) . وقال أحمد ، وأكثر أصحابه : مثل قول الحنفية ، تعليق الوكالة على الشرط جائز . راجع المسألة في : المغني « كتاب الوكالة » (٩٣/٥ ، ٩٤) ، الكافي لابن قدامة « كتاب الوكالة » (٢٤٢/٢) ، الإنصاف « باب الوكالة » (٣٥٥/٥) .

(٣) في (م) ، (ع) : [سقط] .

(٤) في (م) ، (ع) : [فإن قالوا فائدة] .

(٥) في (م) : [لا يستحق] .

(٦) لفظ : [على] ساقط من (ع) .

قتل زيد فأميركم جعفر ، فإنْ قتل فأميركم عبد اللّٰه بن رواحة »[١] .

١٥٤٦١ – فإن قيل : هذه مشورة منه ﷺ لا ولاية ، بدلالة : أن الولاية في هذا الوقت لا يجوز تعليقها بشرط .

١٥٤٦٢ – قلنا : قوله : « فأميركم فلان » إن كان خبرًا اقتضى ظاهرُهُ أن يكون أميرًا قلدوه أو لم يقلدوه[٢] ، وهذا لا يكون إلا بتوليته ﷺ ، وإن كان أمرًا[٣] فهو على الوجوب .

١٥٤٦٣ – وقولهم : « الولايات لا يجوز تعليقها بالشروط » ، غلط ، لأن ذلك جائز عندنا .

١٥٤٦٤ – ولأنها استنابة في التصرف ؛ فجاز تعليقها بالشروط[٤] ، كالوصية .

١٥٤٦٥ – فإن قيل : إطلاق الوصية يقتضي تعليقها بالشروط وهو الموت ، فجاز أن يتعلق بالشرط ، وإطلاق الوكالة يقتضي التصرف في الحال ، فلم يجز أن يتعلق بالشرط .

١٥٤٦٦ – قلنا : إطلاق الوكالة يقتضي جواز التصرف عقيب العقد ، ولو علق التصرف بالشرط وأطلق الوكالة جاز ، وإن خالف ذلك مقتضاها .

١٥٤٦٧ – فإن قيل : الوصية لا تؤثر الجهالة فيها فجاز تعليقها بالشرط . والوكالة تؤثر الجهالة فيها فلم يجز تعليقها بالشرط ، ألا ترى : أنه لابد من بيان الجنس الموكل به وصفته .

١٥٤٦٨ – قلنا : الوكالة تحتمل الجهالة[٥] أيضًا ؛ بدلالة : أنه يوكله[٦] بقبض ديونه ، ولا يعلم ما هي وما يتجدد من ديونه على الناس ، ويوكله بشراء عبد زنجي فيجوز مع جهالته ؛ فلما احتملت الوصية الجهالة من كل وجه لم توجد[٧] إلا متعلقة بشرط ، ولما احتملت الوكالة الجهالة من وجه دون وجه ، جاز أن تقع[٨] مطلقة ،

(١) أخرجه البخاري من حديث ابن عمر (ﷺ) في الصحيح « كتاب المغازي » ، « باب غزوة مؤتة من أرض الشام » (٥٨/٣) ، وأحمد من حديث عبد اللّٰه بن جعفر ، ومن حديث أبي قتادة ، ومن حديث ابن عباس مطولًا ، في المسند (٢٠٤/١ ، ٢٥٦) ، (٢٩٩/٥) .

(٢) في (م) : [ولم يقلدوه] .

(٣) في (م) ، (ع) : [أميرًا] .

(٤) ما بين المعكوفتين : ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) ، واستدركه الناسخ الهامش .

(٥) لفظ : [الجهالة] ساقط من (م) ، (ع) .

(٦) في (م) ، (ع) : [يوكل] بدون الهاء .

(٧) في (م) : [لم يوجد] .

(٨) في (م) : [أن يقع] .

وجاز أن تتعلق بالشرط .

ولأن كل إذن إذا تصرف به نفذ ملك [١] التصرف به ، أصله : الإذن المطلق .

ولأنه لو جعل إليه البيع وقت القدوم ، فصار كما لو وكّله في الحال ببيع إذا قدم [٢] .

١٥٤٦٩ - فإن قيل : ههنا انعقدت الوكالة في الحال على بيع عند القدوم ، وفي مسألتنا : علق العقد بشرط القدوم ، وهما مختلفان ، بدلالة : أنه لو أجّر داره مدة لم تحضر ، فإن عقد في الحال الإجارة على تلك المدة جاز عندكم ، وإن عقد عقدًا متعلقًا بحضور [٣] تلك المدة لم يجز .

١٥٤٧٠ - قلنا [٤] : لا فرق بينهما ؛ لأنه إن عقد [٥] في الحال جاز ، وإن أراد المؤجر مع الدار قبل حضور [٦] المدة لم يجز ، وإن جاء رأس الشهر فأراد بيعها قبل ذلك أو بعده جاز ولنعقد صحيح في الحالين .

١٥٤٧١ - احتجوا : بأنه عقد يملك به البيع ، فإذا لم يكن على التعليق لم ينعقد بالشرط ، كالنكاح والبيع والهبة .

١٥٤٧٢ - قلنا : لا نسلم أن الوكالة عقد ، بل هي إباحة التصرف ، يبين [٧] ذلك : أن العقد افتقر في وضعه [٨] إلى إيجاب وقبول ، والوكالة لا تفتقر إلى قبول ، فلا نسلم الوصف في الأصل ؛ لأن التوكيل لا يملك الوكيل به المبيع ، وإنما يملك به البيع ، ثم يملك المبيع [٩] بمقتضى الملك لا بالبيع .

ويبطل ما ذكروه بالوصية ؛ لأنها على قولهم عقد يملك به البيع وينعقد بالشرط .

١٥٤٧٣ - فإن [١٠] قالوا : الوصية لا يملك بها البيع وإنما يملك بها وبالموت .

١٥٤٧٤ - قلنا : غلط ، بل البيع يُمْلَكُ بها إذا وجد شرط التصرف ، كما أنه إذا

---

(١) في (م) ، (ع) : [فقد تصرفه ملك] ، مكان : [نفذ ملك] .

(٢) في (م) ، (ع) : [أقدم] .

(٣) في (ص) ، (م) : [بحصور] بالصاد المعجمة .

(٤) في (م) ، (ع) : [قلت] .

(٥) في (م) ، (ع) : [انعقد] .

(٦) في (ص) ، (م) : [حضور] .

(٧) في (م) ، (ع) : [تبين] .

(٨) في (م) ، (ع) : [موضعه] .

(٩) في (م) ، (ع) : [لا يملك به البيع وإنما يملك به المبيع ثم يملك البيع] ، وفي (م) : [البيع] ، مكان : [المبيع] .

(١٠) في (م) ، (ع) : [وإن] .

قال : وكلتك ببيع عبدي فبعه إذا قدم الحاج ، فالبيع يملك بالوكالة إذا وجد شرط التصرف ، والمعنى في البيع والنكاح : أنه إذا علقها بشرط لم ينفذ تصرفه في مقتضاها عند وجود الشرط ، وفي مسألتنا : إذا علق الوكالة [١] بشرط لم ينفذ [٢] تصرفه فيما وكل فيه عند وجود الشرط فدل ذلك على صحة تعلقها بالشرط .

١٥٤٧٥ - قالوا : التوكيل سبب له مسبَّبه ، ومسبَّبه التصرف بالبيع والهبات وغير ذلك ، ثم ثبت أن مسبَّبه لا يتعلق بشرط [٣] ، وكذلك السبب . وعكسه الوصية : لما تعلق مسبَّبُهَا بشرط ، وهو إذا قال : وصيت لك بما تحمل [٤] ناقتي ، جاز أن يتعلق السبب بالشرط [٥] .

١٥٤٧٦ - قلنا : الوكالة سبب في مسبَّبٍ ، منه : ما يتعلق بشرط ، ومنه : ما لا يتعلق بشرط ، بدليل : أن البيع والهبة والنكاح لا يتعلق بالشرط [٦] ، وقد يوكل [٧] بالطلاق والخلع والعتاق ، واستيفاء [٨] ما يتجدد من ديونه ، كما أن الوصية مسببها منه : ما يتعلق بشرط ومنه : ما لا يتعلق [٩] ؛ لأنه قد يوصي إليه ببيع [١٠] ماله ، ثم جاز تعليق الوصية بشرط كذلك الوكالة .

١٥٤٧٧ - قالوا : وكالة معلقة بشرط مستقبل ؛ فوجب أن لا تصح . أصله [١١] : إذا قال : إذا جاء رأس الشهر فقد وكلتك في الآخر [١٢] .

١٥٤٧٨ - قلنا : قولكم : - « فوجب أن لا تصح [١٣] » - لا يعمل ؛ لأن التصرف نافذ في هذه الوكالة ، كما هو نافذ من مطلقها ، ثم المعنى في الإيصاء [١٤] : أنه وكله بالتصرف فيما ليس بحق للموكل ، ولا يثبت بالتصرف فيه ضمان عليه ، فلم

---

(١) من قوله : [فالبيع يملك الوكالة] إلى قوله : [إذا علق الوكالة] ساقط من صلب (ص) ، واستدركه الناسخ الهامش .

(٢) ما بين المعكوفتين : ساقط من (م) ، (ع) .

(٣) في (م) ، (ع) : [بالشرط] .

(٤) في (م) : [يحمل] .

(٥) في (م) ، (ع) : [بشرط] .

(٦) ما بين المعكوفتين : ساقط من (م) ، (ع) .

(٧) في (ع) : [توكل] .

(٨) في (م) ، (ع) : [أو استيفاء] .

(٩) في (م) : [ما يتعلق] ، بدون : [لا] .

(١٠) في (م) ، (ع) : [بيع] بدون الباء .

(١١) في (م) : [أن لا يصح] ، ولفظ : [أصله] مكرر في (ع) .

(١٢) في (ص) : [الاجر] بدون نقطة .

(١٣) في (م) : [لا يصح] .

(١٤) في (م) ، (ع) : [الإصياء] .

يصح بمطلق الوكالة ولا بقيدها لهذا [1] المعنى ، وفي مسألتنا بخلافه .

١٥٤٧٩ - قالوا : عقد يستفاد به التصرف في حق العاقد حال حياته ، فلا يجوز تعليقه بالصفة ، أصله : الشركة ، والمضاربة .

١٥٤٨٠ - قلنا : قولكم - « عقد » - قد بينا أنه غير مسلَّم أيضًا ؛ لأن الشركة والمضاربة [2] يجوز تعليق كل واحد منهما بالشرط ، لأنها في معنى الوكالة . وقد قالوا فيمن قال : بعْ هذا المال واعمل فيه مضاربةً : جاز ، ولو قال [3] : ما اشتريت اليوم من شيء فهو بيننا : جاز .

* * *

(١) في (م) ، (ع) : [ولهذا] .

(٢) ما بين المعكوفتين : ساقط من (م) ، (ع) .

(٣) في (م) ، (ع) : [قالوا] .


مسألة ٧٧٠

توكيل الصبي بالبيع والشراء

١٥٤٨١ – قال أصحابنا : إذا وكل صبيًا يعقل بالبيع والشراء ، جاز [١] .

١٥٤٨٢ – وقال الشافعي : لا يجوز توكيله [٢] .

١٥٤٨٣ – لنا : ما روي « أن النبي ﷺ خطب أم سلمة ، فقالت : إنه ليس أحد [٣] من أوليائي شاهد وإني امرأة مصبية ، فقال : ليس من أوليائك أحد إلا وهو يرضاني [٤] لك ، فأمرت ابنها عمر فزوجها منه وكان صبيًا » [٥] .

وذكر الزبير بن بكار قال : زوَّجها لرسول الله [٦] ﷺ ابنها سلمة بن أبي سلمة في

(١) راجع المسألة في : المبسوط « كتاب الوكالة » ، وفي « باب وكالة الوكيل » (١٢/١٩ ، ١٥٩) ، بدائع الصنائع « كتاب الوكالة » ، « فصل : وأما الشرائط » (٢٠/٦) ، البناية مع الهداية « كتاب الوكالة » (٢٧٥/٨) ، تكملة فتح القدير مع الهداية « كتاب الوكالة » (١٤/٨) ، مجمع الأنهر « كتاب الوكالة » (٢١٢/٢ ، ٢١٣) ، حاشية ابن عابدين مع الدر المختار « كتاب الوكالة » (٤١٧/٤) ، مجمع الضمانات ، الباب السابق ص٢٤٣ .

(٢) راجع المسألة في : المهذب مع تكملة المجموع الثانية « كتاب الوكالة » (١٠٣/١٤) ، حلية العلماء « كتاب الوكالة » (١٢٩/٥ ، ١٣٠) ، فتح العزيز مع الوجيز « كتاب الوكالة » بذيل المجموع (١٦/١١) ، مغني المحتاج « كتاب الوكالة » (٢١٨/٢) ، مغني المحتاج « كتاب الوكالة » (١٨/٥) . وقال المالكية : كل من جاز له التصرف لنفسه في شيء ، جاز له أن ينوب فيه عن غيره ، ويخرج من هذا الضابط : أنه يصح كون الصبي المميز وكيلًا في البيع والشراء ، لأن تصرفه فيه يجوز عندهم ، وقد تقدم الكلام فيه في المسألة التي سبقت برقم (٦٣٤) ، في « كتاب البيوع » . قال ابن هبيرة في الإفصاح في معرض بيان أقوال الفقهاء في توكيل الصبي المميز : [وقال القاضي عبد الوهاب : لا أعرف فيه نصًا عن مالك ، وعندي : أنه يصح] . راجع المسألة في : بداية المجتهد « كتاب الوكالة » ، « الباب الأول في أركانها » (٣٢٦/٢) ، قوانين الأحكام الشرعية ، الباب السابق ص٣٣٩ . وقال أحمد وأصحابه مثل قول الحنفية : توكيل الصبي المميز الذي يقصد العقد ويعقله جائز . راجع المسألة في : الإفصاح « باب الوكالة » (٢٠٩/١) ، المغني « كتاب الوكالة » (٨٨/٥) .

(٣) لفظ : [أحد] ساقط من (م) ، (ع) .

(٤) في (م) ، (ع) : [رضائي] ، مكان : [يرضاني] .

(٥) أخرجه النسائي من حديث أم سلمة في المجتبي « كتاب النكاح » في « إنكاح الابن أمه » (٨١/٦ ، ٨٢) ، والحاكم في المستدرك « كتاب معرفة الصحابة » (١٦/٤ ، ١٧) ، وفي « كتاب النكاح » (١٧٨/٢ ، ١٧٩) ، وأحمد بمعناه ، في المستدرك ، في « حديث أم سلمة » (٢٩٥/٦) ، وابن سعد من حديث أم سلمة بنحو لفظ النسائي ، في الطبقات (٦٢/٨ – ٦٤) .

(٦) في (م) ، (ع) : [رسول الله] بدون اللام .

شوال سنة أربع .

وقال ابن سعد في الطبقات : الذي زوجها سلمة بن أبي سلمة دون غيره من أهل بيتها ، فزوجه النبي ﷺ ابنة حمزة ، فرأي رسول الله ﷺ أنه قد حار صبع [(١)] .

١٥٤٨٤ - فإن قيل : إنما زوجها ابنها عمر ، وكان [(٢)] ابن عمها زوجها بالولاية ، وكان بالغًا .

١٥٤٨٥ - قلنا : كيف يكون بالغًا وهي تقول : « ليس أحد من أوليائي شاهد » ، وهي [(٣)] تقول : « إني امرأة مصبية » ، أي ذات صبيان .

على أنه إن كان الأمر كما ذكر [(٤)] الزبير وهو أعلم الناس [(٥)] بأخبار قريش ، فسلمة كان طفلًا ، لأن ابن [(٦)] إسحاق ذكر : أنها هاجرت وابنها طفل في حجرها يرضع [(٧)] فجذبوه من حجرها فانخلعت يده .

١٥٤٨٦ - وإن كان الذي زوجها عمر ، فقد قال ابن سعد في الطبقات : إن عمر أصغر سنًّا من سلمة [(٨)] .

ولأنه يعقل البيع والشراء فصح توكيله ، كالبالغ .

ولأن التوكيل حكم يتعلق بمن بلغ خمس عشرة سنة [(٩)] وإن لم يحتلم ، فتعلق بمن لم يبلغها . أصله : الأمر / بالصلاة والصوم ، وجواز الرجوع إلى قوله في الإذن ، وصحة [(١٠)] الطهارة . ١٧٧/ب

١٥٤٨٧ - ولأنه يؤمر بالصلاة ؛ فجاز توكيله بالبيع ، أصله : من بلغ خمس عشرة سنة [(١١)] .

---

(١) في (م) ، (ع) بعد [ابنة حمزة] زيادة : [فرأى رسول الله ﷺ أنه قد حار ام صبع] ، وفي (ص) : [قد حار صبع] ، بدون نقط ، ولم نستطع أن نثبت الصواب لتعذر الوقوف عليه . راجع ما قاله الشوكاني في نيل الأوطار ، كتاب النكاح ، باب الابن يزوج أمه (٢٥٦/٦) .

(٢) في (ع) : [كان] بدون الواو .

(٣) لفظ : [هي] ساقط من (م) ، (ع) .

(٤) في (م) ، (ع) : [زعم] ، مكان : [ذكر] .

(٥) في (م) : [بالناس] ، بزيادة الباء .

(٦) في (ع) : [أبي] ، مكان : [ابن] .

(٧) لفظ : [يرضع] ساقط من (ع) .

(٨) لم نقف على قولي ابن إسحاق ، وابن سعد بعد .

(٩) في (ص) : [خمسة عشر سنة] .

(١٠) في (م) ، (ع) : [الاذان] ، مكان : [الاذن] ، وفي (ص) : [صحت] ، مكان : [صحة] .

(١١) في (ص) : [خمسة عشر سنة] .

١٥٤٨٨ - احتجوا : بقوله عليه [الصلاة و] السلام : « رفع القلم عن ثلاث » [١] .

١٥٤٨٩ - قلنا : هذا يقتضي رفع التكليف ، وصحة العقود لا تتعلق [٢] بالتكليف .

١٥٤٩٠ - قالوا : غير مكلف ؛ فلم يجز توكيله ، كالمجنون .

١٥٤٩١ - قلنا : المجنون لا يقصد البيع ؛ فلا ينعقد بيعه ، كالعاقل الهازل ، والصبي له قصد صحيح ، فيصح توكيله ، كالبالغ .

١٥٤٩٢ - قالوا : لا يصح طلاقه كالمجنون .

١٥٤٩٣ - قلنا : الطلاق إسقاط لحقه ، وليس له [٣] إذا لم يملك أن يسقط حقوقه ، فلا تصح [٤] فيه النيابة عن غيره ، ألا ترى : أنه لو وهب ماله لم يصح ، ولو كان رسولًا في هدية أو إذن [٥] في دخول دار غيره صح إذنه ، كذلك لا يملك أن يطلق زوجته وإن صح أن ينوب عنه غيره في الطلاق .

* * *

---

(١) في سائر النسخ : [ثلاثة] ، وما أثبتناه من كتب الحديث ، تقدم تخريجه في مسألة (٣١٣) ، وفي مسألة (٣٨٩) ، وفي مسألة (٧١٧) .

(٢) في (م) ، (ع) : [لا يتعلق] .

(٣) لفظ : [له] ساقط من (م) ، (ع) .

(٤) في (م) : [لا يصح] .

(٥) في (م) : [أو اذان] .



مسألة ٧٧١

إطلاق الوكالة للوكيل في البيع يقتضي سلامة المبيع

١٥٤٩٤ - قال أبو حنيفة : إذا وكله بشراء [1] عبد فاشترى عبدًا أعمى أو مقطوع اليدين بقيمته [2] جاز .

١٥٤٩٥ - وقالا : لا يجوز [3] ، وبه قال الشافعي [4] .

١٥٤٩٦ - لنا : أن كل عبد لو عينه جاز له شراؤه ؛ فجاز له شراؤه بإطلاق الوكالة ، كالبصير .

ولأنه عيب لا يؤثر في النكاح ؛ فلا يمنع جواز الشراء بإطلاق الوكالة ، كالزاني ، والسارق .

ولأنه عبد يجوز للموكل أن يشتريه ، فجاز للوكيل بإطلاق [5] الوكالة أن يشتريه ، كالعبد الصحيح .

١٥٤٩٧ - احتجوا : أن إطلاق البيع يقتضي الصحة ، بدلالة : أن من اشترى شيئًا فوجد به عيبًا لم يلزمه ، فكذلك إطلاق الأمر بالشراء .

---

(١) في (م) ، (ع) : [بشري] . (٢) لفظ : [بقيمته] ساقط من (ع) .

(٣) راجع المسألة في : بدائع الصنائع « كتاب الوكالة » ، « فصل : وأما بيان حكم التوكيل » (٢٩/٦) ، مجمع الضمانات ، الباب السابق ص٢٥٠ .

(٤) راجع تفصيل المسألة في : المهذب مع تكملة المجموع الثانية « كتاب الوكالة » (١٢٦/١٤) وما بعدها ، حلية العلماء « كتاب الوكالة » (١٣٠/٥) . وقال مالك ، وأحمد ، مثل قول الشافعي : لا يجوز للوكيل شراء الأعمى ومقطوع اليدين . قال مالك في المدونة فيمن وكل رجلًا بشراء جارية فاشتراها عمياء أو عوراء أو عرجاء : « من العيوب عيوب يجترأ على مثلها في خفتها ، وشراؤها فرصة ، فإذا كان مثل ذلك رأيته جائزًا ، وأمّاما كان من عيب مفسد فلا يجوز عليه إلا أن يشاء ، فإن أبي فله أن يضمنه ماله » . وقال ابن قدامة في الكافي : « وإن وكله في شراء موصوف ، لم يجز أن يشتري معيبًا ، لأن إطلاق البيع يقتضي السلامة ، ولذلك يرد بالعيب ، فإن اشترى معيبًا يعلم عيبه ، لم يقع للموكل ، لأنه مخالف له ، وإن لم يعلم بالعيب ، فالبيع صحيح » . راجع المسألة في : المدونة « كتاب الوكالات » (٢٦٥/٣) ، الكافي لابن عبد البر « باب أمانة الوكيل وما يقبل قوله فيه » (٧٩١/٢) ، المغني « كتاب الوكالة » (١٤٠/٥ ، ١٤١) ، الكافي لابن قدامة « كتاب الوكالة » (٢٤٨/٥) .

(٥) في (م) : [إطلاق] بدون الباء .

١٥٤٩٨ - قلنا : يبطل بالعيب اليسير وبالعبد السارق ، وهذا موضع لا شبهة فيه ؛ لأنهم قالوا في الوكيل : إذا اطلع على عيب هل يملك الرد أم لا ؟ على وجهين . ولو كان الأمر اقتضى الصحة لكان العيب غير داخل تحت الأمر ، فيلزم الوكيل دون الموكل .

١٥٤٩٩ - واحتج أبو يوسف ومحمد : بأن هذا العبد لا يمكن استخدامه ، والعبد يراد للخدمة [1] .

١٥٥٠٠ - قلنا : يبطل بالمقطوع اليد والرجل من خلاف أنه يجوز شراؤه عندهما وإن لم يمكن استخدامه . ويبطل إذا اشترى للموكل أباه أو ابنه ، فإنه يعتق وتعذر الاستخدام بالعتق ، كتعذره [2] بالعمى ، ومع ذلك يجوز الشراء .

* * *

---

(١) في (م) ، (ع) : [للاستخدام] ، مكان : [للخدمة] .

(٢) في (م) : [كتعدده] .

مسألة ٧٧٢

يجوز أن يبيع نصف العبد لو وكل ببيعه جملة

١٥٥٠١ - قال أبو حنيفة : إذا وكله ببيع عبده فباع نصفه ، جاز [(١)] .

١٥٥٠٢ - قالا : لا يجوز [(٢)] ، وبه قال الشافعي [(٣)] .

١٥٥٠٣ - لنا : أنه أطلق له الأمر ببيع جملته [(٤)] ، فملك بيع بعضها ، أصله : الطعام .

ولأنه باع ما يملك بيعه من غيره بوكالة مطلقة ، فوجب أن يجوز ، أصله : بيع الصبرة ، وإذا وكله ببيع عبدين فباع أحدهما .

ولأنه قد ثبت من أصولنا : أنه لو باع الجميع بما باع به النصف جاز ، فإذا حصل له ذلك العوض وزاده خيرًا بتبقية [(٥)] بقية العبد على ملكه ، كان أولى بالجواز .

١٥٥٠٤ - احتجوا : بأنه تبعيض الصفة فيما على الموكل فيه ضرر ، فوجب أن لا يلزم الموكل [(٦)] . أصله : إذا وكله بشراء عبد [(٧)] فاشترى نصفه .

١٥٥٠٥ - قلنا : هناك ألحق الضرر بموكله فيما عقد عليه ، وههنا أدخل الضرر فيما

---

(١) لفظ : [جاز] ساقط من (م) ، (ع) .

(٢) راجع المسألة في : الجامع الصغير « باب الوكالة بالبيع والشراء » ص٤٠٨ ، ٤٠٩ ، مختصر الطحاوي « كتاب الوكالة » ص١١١ ، المبسوط « باب من الوكالة بالبيع والشراء » (٤٣/١٩ ، ٤٤) ، روضة القضاة « كتاب الوكالة » (٦٤٨/٢) ، المسألة (٣٦٥١) ، بدائع الصنائع ، الفصل السابق (٢٧/٦ ، ٢٨ ، ٣٠) ، البناية مع الهداية « باب الوكالة بالبيع والشراء » (٣٣٣/٨ ، ٣٣٤) ، فتح القدير مع الهداية وبذيله العناية « باب الوكالة بالبيع والشراء » (٨٥/٨ ، ٨٦) ، مجمع الأنهر « فصل في بيان أحكام من يجوز للوكيل أن يعقد معه ومن لا يجوز » (٢٢٦/٢) ، الدر المختار بهامش رد المحتار « باب الوكالة بالبيع والشراء » (٤٢٥/٤) .

(٣) راجع المسألة في : المهذب مع تكملة المجموع الثانية « كتاب الوكالة » (١٢٩/١٤ ، ١٣٠) ، حلية العلماء « كتاب الوكالة » (١٤٦/٥) . وقال الحنابلة : إذا باع النصف بثمن الكل جاز ، وإن باع بأقل من ثمن الكل لم يجز . راجع المسألة في : المغني ، « كتاب الوكالة » (١٣٧/٥ ، ١٣٨) .

(٤) في (م) ، (ع) : [جمله] بدون الهاء .

(٥) لفظ : [خيرًا] ساقط من صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش ، وفي (م) ، (ع) : [تبقية] بدون الباء .

(٦) في (م) ، (ع) : [الموكله] .

(٧) في (م) ، (ع) : [بشري عبد] بدون الهاء .

لم يعقد [١] عليه ، كذلك ههنا .

١٥٥٠٦ – فإن قيل : هناك الضرر يلحقه فيما بقي بتصرفه في نصف العبد [٢] الذي باعه .

١٥٥٠٧ – قلنا : إذا كان الضرر فيما لم يؤثر فيه لم يؤثر فيما تصرف فيه وإن حصل الضرر بذلك التصرف ، ألا ترى : أنه لو وكل [٣] ببيع أمة فباعها من زوجها قبل الدخول سقط المهر وإن كان هذا الضرر لحق الموكل بتصرف الوكيل ، كذلك [٤] لو وكله أن يزوجه [٥] فزوجه أخت جاريته التي وطئها ، جاز ، وإن ألحق به ضررًا بتصرفه ؛ لأنه لا يجوز له وطؤها حتى يخرج استباحة جاريته من ملكه .

* * *

---

(١) الزيادة : من (م) .

(٢) في (ص) : [من تصرفه في النصف عبد] ، وفي (م) ، (ع) : [بتصرفه في النصف عقد] .

(٣) في (م) ، (ع) : [وكله] .

(٤) في (م) ، (ع) : [وكذلك] بالعطف .

(٥) في (م) : [تزوجته] .


مسألة ٧٧٣

جواز توكيل المسلم للذمي في بيع الخمر وشرائها

١٥٥٠٨ - قال أبو حنيفة : إذا وكل مسلم ذميًا ببيع خمر أو ابتياعها (١) جاز .

١٥٥٠٩ - وقالا : لا يجوز (٢) ، وبه قال الشافعي (٣) .

١٥٥١٠ - لنا : أنه وكل بالتصرف في الخمر من أُقِرَّ على شرائها ، فوجب أن لا يلزم الآمر إذا اشتراها ، أصله : الذمي إذا وكل ذميًا .

١٥٥١١ - ولأنه شراب متمول ؛ فجاز للمسلم أن يوكل ذميًا في شرائه ، أصله : سائر الأشربة .

١٥٥١٢ - ولا يلزم : لبن الآدمية ؛ لأنه ليس بمتمول ، ولأن (٤) ما أقر الذمي على بيعه جاز بيعه للمسلم ، أصله : ما ذكرنا .

١٥٥١٣ - فإن قيل : المعنى فيما قستم (٥) عليه : أن الموكل لو باشر العقد جاز ، فصح توكيله . وفي مسألتنا : لو باشر العقد لم يصح ، فكذلك توكيله .

١٥٥١٤ - قلنا : لو وكل بعقد الصرف (٦) لم يصح .

---

(١) في (ع) : [ابتاعها] .

(٢) راجع المسألة في : إيثار الإنصاف في آثار الخلاف « كتاب البيوع » ص٣١٦ ، فتح القدير مع الهداية ، وبذيله العناية « باب البيع الفاسد » (٤٣٩/٦ - ٤٤١) ، البناية مع الهداية « باب البيع الفاسد » (٢٣٦/٧ - ٢٣٨) ، البناية « كتاب الوكالة » (٢٦٢/٨) ، تكملة فتح القدير « كتاب الوكالة » (٤/٨) ، مجمع الأنهر « كتاب الوكالة » (٢١٢/٢ ، ٢١٣) ، الدر المختار مع رد المحتار « كتاب الوكالة » (٤١٧/٤) ، لسان الحكام ، الفصل السابق ص٢٥٠ .

(٣) راجع المسألة في : حلية العلماء « كتاب الوكالة » (١٤٦/٥) . وقال مالك وأحمد مثل قول الصاحبين والشافعي : لا يصح توكيل مسلم ذميًا ببيع خمر أو شرائها . راجع المسألة في : المدونة « كتاب التجارة بأرض العدو » ، في « اشتراء المسلم خمرًا » (٢٧٩/٣) ، قوانين الأحكام الشرعية « الباب الثامن في الوكالة » ص٣٣٩ ، العقد المنظم بهامش تبصرة الحكام (٢٣٦/٢) ، البهجة ، وبهامشه حلي المعاصم « باب الوكالة » (٢٠١/١) ، المغني « كتاب الوكالة » (١٤٢/٥) ، الكافي « كتاب الوكالة » (٢٤١/٢) .

(٤) في (م) ، (ع) : [ولا] ، مكان : [ولأن] .

(٥) في (م) : [قسمتم] .

(٦) في (م) ، (ع) : [التصرف] ، في (م) ، (ع) : [التصرف] ، وقوله : [الموكل بعقد الصرف لم =

١٥٥١٥ - ولأنه لا يمنع [١] أن يصح عقد الغير [٢] له ، ولا يصح عقده [٣] لنفسه [٤] ، كما أن شهادة الغير [٥] مقبولة ، ولا تصح شهادته لنفسه ، وكذلك يجوز حكمه لغيره ، ولا يجوز [٦] حكمه لنفسه .

ولأن الموكل من أهل التوكيل ، ويَمْلِكُ هذا العقد لنفسه ولغيره ، وحقوق العقد تتعلق به ، فوجب أن يصح التوكيل قياسًا على الغائب إذا [٧] وكل حاضرًا بعقد الصرف .

١٥٥١٦ - ولا يلزم : المجنون ، والصبي إذا وكلا ؛ لأنهما ليسا من أهل التوكيل .

١٥٥١٧ - ولا يلزم : إذا وكل [٨] الحر مكاتبًا أو مأذونًا يشتري له نسيئة ، لأنهما لا يملكان الشراء لغيرهما نساء .

١٥٥١٨ - ولا يلزم : المسلم إذا وكل مجوسيًا يزوجه مجوسية ، أو المجوسي وكَّلَ مسلمًا يزوجه مسلمة ؛ لأن حقوق النكاح [٩] لا تتعلق بالعاقد ، وإنما تتعلق بالمعقود له [١٠] .

١٥٥١٩ - احتجوا : بأنه عقد لا يجوز للمسلم أن يتولاه بنفسه ، فلا يجوز توكيل الذمي به ، أصله : نكاح المجوسية :

١٥٥٢٠ - الجواب : أن النكاح يضاف إلى المعقود له [١١] لا إلى العاقد ، فاعتبر حكمه به [١٢] قياسًا على مكاتب المسلم إذا كان نصرانيا فاشترى خمرًا .

= يصح] يظهر أن المراد به : الموكل إذا وكل غيره الصرف فلم يصح عقده ، أو : إذا وكل الموكل بعقد الصرف فلم يصح عقده لنفسه .

(١) في (ع) : [لم يمنع] .

(٢) في (م) ، (ع) : [المقر] ، مكان : [الغير] .

(٣) في (م) ، (ع) : [عقد] ، بدون الهاء .

(٤) قاعدة : « لا يمتنع أن يصح عقد الغير ، ولا يصح عقده لنفسه » .

(٥) في (م) : [المقر] .

(٦) قوله : [ولا يجوز] ساقط من (م) ، (ع) .

(٧) في (م) ، (ع) : [المعائب وإذا] ، مكان : [الغائب إذا] .

(٨) ما بين المعكوفتين : ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) ، واستدركه المصنف في الهامش .

(٩) في (م) ، (ع) : [أو المجوسية إذا وكلت مسلما يزوجه مسلمة ، لأن عقود النكاح] ، مكان المثبت .

(١٠) في (م) ، (ع) : [عليه] ، مكان : [له] .

(١١) في صلب (ص) : [عليه] ، والمثبت من (م) ، (ع) ، وهامش (ص) من نسخة أخرى .

(١٢) في (ع) : [به حكمه] بالتقديم والتأخير .

١٥٥٢١ - فإن قيل : نحن لا نسلم أن هذا العقد يصح في عقد الذمي ولا يلزم : وإنما نقره عليه مع بطلانه ، كما نقره على الكفر [١] .

١٥٥٢٢ - قلنا : نحن لا نتكلم في هذه المسألة إلا بعد تسليم هذا الأصل ، لأنها فرع عليه ، فإن [٢] التسليم بأن عقدهم في الخمر منعقد لازم تكلمنا في هذا الفرع وإلا تشاغلنا بالأصل ، وتكلمنا في هذه مع أبي يوسف ومحمد .

* * *

(١) في (م) ، (ع) : [الكحل] ، مكان : [الكفر] .
(٢) في (م) ، (ع) : [فإذا] .



مسألة ٧٧٤

الحكم إذا وكله في شراء سلعة بثمن فاشترى ضعفها بنفس الثمن

١٥٥٢٣ – قال أصحابنا : إذا وكله ليشتري له عشرة أرطال لحم بدرهم فاشترى عشرين رطلًا بدرهم من لحم يباع عشرة أرطال بدرهم ؛ لزم [١] الآمر عشرة بنصف درهم وعشرة للوكيل ، وإن اشترى عشرة وربعًا أو نصفًا بدرهم [٢] ، لزم ذلك الآمر استحسانًا ، وإن أمره أن يشتري عبدًا بمائة فاشترى بها [٣] عبدين يساوي كل واحد منهما [٤] مائة ، قال في المنتقى : عن أبي حنيفة : إنه لا يلزم الآمر واحد منهما [٥] .

١٥٥٢٤ – وقال الشافعي : إذا اشترى بثمن في الذمة ، ففيها قولان ، أحدهما : الملك في الجميع للموكل ، والثاني : يملك الموكل النصف ، والنصف للوكيل ، وللموكل أخذه منه . وأما إذا اشترى بمال الموكل ففي أحد القولين : الجميع [٦] للموكل ، وفي القول الثاني [٧] : البيع باطل في الزيادة [٨] .

---

(١) في (م) : [لزمًا] ، وفي (ع) : [لرب] ، مكان : [لزم] .

(٢) في (ص) ، (م) : [وربع أو في نصف] ، مكان : [وربعًا أو نصفًا] ، إلا أن لفظ [في] ساقط من (م) ، ولفظ : [بدرهم] ساقط من صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش .

(٣) لفظ : [بها] ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش .

(٤) لفظ : [منهما] ساقط من (م) ، (ع) .

(٥) في (م) ، (ع) : [أحد] ، مكان : [واحد] . قال القدوري في مختصره : [إذا وكله بشراء عشرة أرطال لحم بدرهم واحد فاشترى عشرين رطلًا بدرهم من لحم يباع مثله عشرة بدرهم ، لزم الموكل منه عشرة أرطال بنصف درهم عند أبي حنيفة ، وقال أبو يوسف ومحمد : يلزمه العشرون] ، قال المرغيناني في الهداية : [وذكر في بعض النسخ أي في بعض نسخ مختصر القدوري قول محمد مع قول أبي حنيفة ، ومحمد لم يذكر الخلاف في الأصل . راجع تفصيل المسألة في : مختصر القدوري « كتاب الوكالة » ص ٥٥ ، بدائع الصنائع ، الفصل السابق (٣٠/٦ ، ٣١) ، البناية مع الهداية « باب الوكالة بالبيع والشراء » (٢٩٨/٨ – ٣٠٠) ، تكمله فتح القدير مع الهداية ، وبذيله العناية « باب الوكالة بالبيع والشراء » (٤١/٨ – ٤٤) ، مجمع الأنهر « باب الوكالة بالشراء والبيع » (٢٢٣/٢ ، ٢٢٤) ، الدر المختار مع رد المحتار « باب الوكالة بالبيع والشراء » (٤٢١/٤) .

(٦) في (م) ، (ع) : [الجمع] .

(٧) في (م) : [قول الثالث] ، وفي (ع) : [قول ثالث] ، مكان : [القول الثاني] .

(٨) راجع تفصيل المسألة في : المهذب « كتاب الوكالة » (٣٥٥/١) ، حلية العلماء « كتاب الوكالة » (١٤٣/٥ – ١٤٥) . وقال المالكية : إذا وكله بشراء شاة بدينار فاشترى به اثنتين ، فإذا لم يمكن إفرادها لزم الموكل ، وإلا خير =

١٥٥٢٥ - لنا : أنها زيادة متحققة ابتاعها لغيره بغير أمر ولا ولاية ، فوجب أن تلزمه [١] . أصله : إذا اشترى ابتداء .

ولا يلزم : الزيادة القليلة ؛ لأنها تدخل بين الوزنين ، ويسترجع مثلها في العادة [٢] ، فلا يتحقق حصول الزيادة .

ولأنه أمره بشراء عبد فلم يلزمه عبدان ، أصله : إذا اشتراهما بأكثر مما سمي له .

١٥٥٢٦ - احتجوا : بحديث عروة البارقي ﷺ : « أن النبي ﷺ أعطاه دينارًا وأمره أن يشتري له شاة ، فاشتري شاتين ثم باع إحداهما [٣] بدينار وجاءه [٤] بشاة ودينار ، فدعا له بالبركة » [٥] .

١٥٥٢٧ - الجواب : أن هذا الخبر طعن عليه أصحاب الشافعي [٦] في استدلالنا به في وقوف البيع .

١٥٥٢٨ - قالوا : يُروى [٧] عن أناس من الحي ، عن عروة ، فهو مرسل ، فكيف

= الموكل في قبول الثانية . راجع تفصيل المسألة في : شرح الزرقاني « باب في الوكالة » (٨١/٦) . قال ابن قدامة في المغني : « وإن وكله في شراء شاة بدينار فاشترى شاتين تساوي كل واحد منهما أقل من دينار ، لم يقع للموكل ، وإن كانت كل واحدة منهما تساوي دينارًا أو إحداهما تساوي دينارًا والأخرى أقل من دينار ، صح ولزم الموكل » . راجع المسألة في : المغني « كتاب الوكالة » (١٣٩/٥) ، الكافي لابن قدامة « كتاب الوكالة » (٢٤٦/٢) .

(١) في (م) : [لا يلزمه] .　　(٢) في (م) ، (ع) : [العبارة] .

(٣) في (م) ، (ع) : [أحدهما] .　　(٤) في (م) : [جاء] بدون الهاء .

(٥) أخرجه البخاري في الصحيح « كتاب بدء الخلق » ، « باب » قبل « باب فضائل أصحاب النبي ﷺ » (٢٨٦/٢) ، وابن ماجه في السنن « كتاب الصدقات » ، « باب الأمين يتجر فيه فيربح » (٨٠٣/٢) ، الحديث (٢٤٠٢) ، والبيهقي نحو هذا اللفظ ، « باب المضارب يخالف مما فيه زيادة لصاحبه » (١١١/٦ ، ١١٢) ، وأبو داود في السنن « كتاب البيوع » ، « باب المضارب يخالف » (٢٥٢/٢) ، والشافعي في المسند « كتاب البيوع » ، « الباب الثالث في الربا » (١٥٩/٢ ، ١٦٠) ، الحديث (٥٥٣) ، وأحمد في المسند (٣٧٥/٤) . « تابع سعيد بن زيد على رواية هذا الحديث هارون بن موسي الأعور ، قال الترمذي : ثنا أحمد بن سعيد الدارمي ، ثنا حبان بن هلال ، ثنا هارون الأعور ، ثنا الزبير بن خريت ، فذكره ، وهذا السند على شرط الشيخين ، فظهر بهذا أنه حديث ثابت متصل ، وروي من وجوه » ، في الجوهر النقي ، بذيل السنن الكبرى للبيهقي (١١٢/٦) راجع تخريجه أيضًا في : نصب الراية « كتاب الوكالة » (٩٠/٤ - ٩٢) ، إرواء الغليل (١٢٨/٥ ، ١٢٩) ، الحديث (١٢٨٧) .

(٦) في (م) ، (ع) : [أصحاب الشافعي عليه] ، بالتقديم والتأخير .

(٧) في (ع) : [المبيع وقالوا روي] ، مكان المثبت .

صح لهم الرجوع إليه ؟ .

ثم قد ذكر الطحاوي في هذا الخبر : « أن النبي ﷺ أمره أن يشتري شاة أضحية »(١) ، والأضحية اسم لما يضحي به (٢) ، وذلك يتناول الواحدة (٣) والعدد .

١٥٥٢٩ – فإن قيل : أضحية اسم للواحدة ، يقال : أضحية وأضحيات والأضاحي فتثني وتجمع .

١٥٥٣٠ – قلنا : الاسم يصلح للواحدة وللجماعة (٤) ، فإذا ثني دلَّ على أن المراد به الواحدة ، وإذا أطلق احتمل .

ولأن عندنا إذا سلم المأمور ما ابتاعه (٥) إلى الموكل ورضي به ، جاز وانتقل إليه ، هكذا رواه بشر (٦) عن أبي يوسف ، وقد سلم ذلك عروة إلى النبي (٧) ﷺ فرضيه ، وليس في الخبر ما دل على أنه ملكه بالعقد الأول .

١٥٥٣١ – قالوا : فعل المأمور به وزاد خيرًا من جنسه ، فوجب أن يلزم الآمر ، كمن قال : بعْ هذا الثوب بعشرة فباعه بعشرين .

١٥٥٣٢ – قلنا : إذا أمره بالبيع فالثمن عوض ملك الآمر ، وعوض ملك الغير لا يجوز أن يستحقه الوكيل بإذنه ولا بغير إذنه ، لأنه إذا قال له : بع ثوبي على أن ثمنه لك ، لم يصح ، فلهذا كانت الزيادة للآمر ، وليس كذلك في مسألتنا ، لأن الزيادة مشتراة (٨) بثمن على ملك الآمر ، ويجوز أن يشتري بمال غيره شيئا لنفسه ، كما لو قال : اشتر لنفسك عبدًا بدراهمي (٩) جاز ، فكذلك لم تلزم (١٠) الآمر ولزمت المأمور .

---

(١) في (م) ، (ع) : [أمره أن يشتري له شاة أو أضحيه] . لم نعثر على هذا الحديث من رواية الطحاوي بعد . وقد تقدم تخريجه بهذين اللفظين من رواية الآخرين آنفًا .

(٢) قوله : [والأضحية] ساقط من (م) ، (ع) ، وفي (م) ، (ع) : [منه] ، مكان : [به .

(٣) في (ص) : [الواحد] .

(٤) في (ع) : [والجماعة] .

(٥) في (م) ، (ع) : [إذا أسلم المأمور باتباعه] ، مكان المثبت .

(٦) هو بشر بن الوليد بن خالد الكندي ، وقد سبقت ترجمته في مسألة (٧٢٤) .

(٧) لفظ : [إلى] ساقط من صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش ، وفي (م) ، (ع) : [رسول الله] ، مكان : [النبي] .

(٨) في (م) ، (ع) : [مرآة] .

(٩) في (م) : [بدراهم] ، وفي (ع) : [بدراهم كذا] ، بزيادة : [كذا] .

(١٠) في (م) ، (ع) : [لم يلزم] .

فهرس المجلد السادس

الموضوع — الصفحة

مسائل الصرف [٦٧٦ - ٦٧٧]

كتاب الرهن

كتاب التفليس

كتاب الحجر

كتاب الصلح

كتاب الحوالة

كتاب الشركة

كتاب الوكالة

* * *




Dar Al Salam
PRINTING,PUBLICATION
& DISTRIBUTION
120 Al Azhar St. P.o Box: 161 El Ghorieh
Tel.: (202) 2741578 - 2704280 - 5932820
جائزة
أفضل ناشر
للتراث

